


13
8 I
16

ANDREÆ KOHL IC.

EXERCITATIONVM LEGALIVM, QVIBVS PLVRIMÆ TVM LEGES DECLARANTVR ATQVE CONCILIANTVR,

tum quæstiones difficiles usuq; frequentes disceptantur & resolvuntur.

Liber vnus.

OPVS ACCVRATA VARIARVM RERVM AD PRAXIN QVOTIDIANAM PERTINENtium tractatione refertum, inq; scholis & in foro versantibus apprime vtile.

CVM SVMMARIIS ET INDICE DVPLICI, VNO LEGVM EXPLICATARVM, ALTERO MAteriarum & sententiarum.







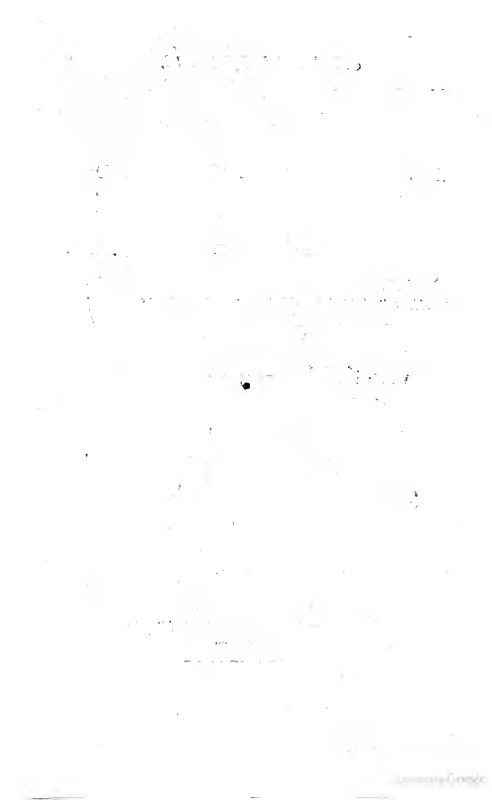
Cum Gratia & Privilegio, &c.



MAGDEBVRGI

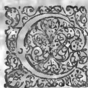
Typis & Sumptibus Ambrosij Kirchneri Bibliopolæ Magdeburgensis.

ANNO M. D. CI.





ILLVSTRISS. ET POTENTISS. PRINCIPI AC DOMINO DN. IOACHIMO, FRIDERICO MARCHIONI BRANDEBVRGENSI. S. R. IMPERII ARCHICAMERario & Electori, Boruss. Stetini, Pomeranorum, Cassubiorum, Vandalorum, nec non Silesiæ Crosnentium Duci, Burgrauio Norinbergensi, Rugiæq; Principi Domino Clementissimo,



Vm in omni scientiarum genere, Princeps Illustrißime, cognitio multis est obstructa difficultatibus, tum in ea maximè disciplina, quam boni & æqui artem Celsus & Vlpianus nuncupant. Sive enim negotia spectentur, circa quæ occupata est legalis Philosophia, tanta est illorum varietas, vt quid in vnoquoq; sit juris, dextrè intelligere non nisi maximi sit ingenij, longææ meditationis, exactißimi judicij: tanta eorundem multitudo, vt lege vel arte nulla comprahendi, nedum concludi queant omnia: tanta deniq; circumstantiarum factis interuenientium diuersitas, vt sæpißimè leuißima negotium penitus immutet, adeoq; non satis animaduersa, vel minus exactè ponderata magni erroris caussam haud raro præbeat. Sive legislatores, jurisq; cultores, quorum industria ipsam referimus acceptam, Romanæ, in qua viuebant, Reipub. conditionem, formam, ritus, judicia, magistratus, & id genus alia, quibus à reliquis multum dissidebat, vnicè in legibus tam interpretandis, quàm condendis respexerunt: Ea quoniam post Iustinianum transformata vel abolita fuerunt, vtrumq; pariter vsuvenit, vt & antiquitatis ignoratio genuino legum sensui ritè assequendo vehementer obstet, & illas ad mores actusq; nostri temporis à priscis tantopere discrepantes dextrè accommodare, factu nimis arduum sit & operosum. Sive ipsa ICtorum responsa, & constitutiones Imperiales, magna in eis deprahenditur obscuritas, nata partim è rebus ipsis, vt plurimum abstrusis & ancipitem dubitandi curam suggerentibus, partim inde, quia Pandectæ fragmenta modo continent è libris priscorum ICtorum sic excerpta, vt plerorumq; sententia, quæ sæpius ex præcedentibus, non-

nunquam è sequentibus futura fuisset plana & expedita, vix conjecturis probabiliter investigari, rarissime certa vel evidenti ratione colligi possit. Quid antinomias dicam creberrime apparentes; quarum congrua conciliatio solertiam requirit excellentem singulari cum diligentia conjunctam. Nec tamen ab eo tempore, quo jus civile in Occidente diu propemodum intermortuum, Lothario Saxone Imperante quasi postliminio fuit in forum & scholas reductum, vlla difficultas deterruit viros ingenio præstantes, &, vt illa ferebant secula, doctissimos, quo minus doctrinam juris illustrare scriptis suis, ac planiorem reddere sedulo niterentur. Atq; vtinam eis literarum & artium humaniorum notitia, rerumque Romanarum historia non defuisset, ipsorum opera dudum Iurisprudentiam longe faciliorem haberemus, certe quid in ambiguis articulis plerisq; probabile sequendumq; sit, latere diutius vix posset. Verum illis admodum necessarijs adjumentis ob temporum, quibus vixerunt, injuriam destitutos, necesse fuit, à natiuo legum sensu reiq; veritate sæpius aberrare. Hinc opiniones emerserunt multitudine innumerabiles, mirifice sibi inuicem repugnantes, autorum numero potius, quam rationum pondere subnixæ, vt in illarum tam vasto pelago discentium animi perpetua fluctuatione turbentur & obruantur. Interim tamen interpretes laude summa digni, quod è jure civili quamplurima nostris apposite moribus accommodarunt, nec infeliciter ad praxin vsumq; fori transtulerunt, infinitas pene facti species sollicite disceptarunt, multas legitimè deciderunt, de caussis intricatis & grauissimis in vtramq; partem disseruerunt, quæq; locis varijs de quaq; re tradita reperiuntur, laboriose congesserunt, deniq; viam posteris ad veritatem commodius inquirendam strauerunt. At nostra ætate quam plures extiterunt, qui præclaris animi dotibus & solida literatura politioris & historiarum cognitione sufficienter instructi, vel obscuris juris locis interpretatione sua lucem attulere clarissimam, dissidentes eruditissime composuerunt, aut quæstiones insignes & arduas in doctrina legali vel abditas vel apprime controuersas fœliciter extricarunt, solertius enuclearunt. Horum ductum si deinceps alij strenue sequantur & imitentur, futurum scilicet, vt in singulis juris partibus veritas tam diu quæsita tandē appareat, vel id eliciatur, quod ad eam proxime accedat. Sunt enim complures in jure loci difficiles lumen exactioris declarationis etiamnum desiderantes: nec pauca in vnaquaq; materia sese offerunt,

quæ

quæ accuratius enodari, rationibus in contrarias partes diligenter examinatis disputari & perspicue resolui operæpretium fuerit. Et certe quisquis in arte legali cupit eximie proficere, eum necesse est, non ab alieno pendere judicio, nec promiscue quamvis opinionem suffragio plurium scriptorum sive antiquorum sive recentiorum, aut unius interpretis excellentis autoritate subnixam amplecti, sed ubivis adhibere cum sollicita discretione delectum, fundamenta scrutari, & studiose indagere, quidnam juri sit quam maxime consentaneum. Quæ me caussa, cum primum in jurisprudentia cœpi à falsis aliquam veri speciem præ se ferentibus vera dignoscere posse, non abs re mouit, vt eorum, qui scriptis eruditissimis jus nostrum illustrarunt, subtilitatem quidem admirarer, autoritatem venerarer, judicium plurimi facerem, sententijs tamen & interpretationibus non aliter acquiescerem, nisi rationes earũ haud oscitanter expensæ mihi idem persuaderent. Hanc enim censui viam expeditissimam in tanta opinionum discrepantia nõ modo probabiliorem facilius deprahendendi, verum etiam vbi nulla videtur esse probabilis, aliam juri magis consonam excogitandi. Cumq; multa occurrerent ab alijs vel prætérita, vel tacta potius quam pertractata, situ tamen admodum necessaria, plenaq; resolutione dignissima, studiosius aliqua, prout tempus & occasio ferebat, perpendi, quæq; veriora mihi visa, textibus & rationibus communiui, contraria refutaui, nonnunquam etiam distinctionis fœdere dissidentes nostrorum sententias conciliare studui. Nec tantum conclusiones principaliter propositas ita explanaui, sed & earundem extensiones atq; restrictiones, quoties opus fuit, ad eundem modum examinaui, ne magis in his, quam in illis, quid aut verum sit, aut à vero minus alienum, latere posset. Ea vero saltem in hunc finem annotaueram, vt & imbecilles ingenij vires nonnihil exercerem, & priuata quæpiam adminicula sive subsidia pararem, ad quæ in caussis rite tractandis ac decidendis quandoq; recurrere possem. Quorsum enim de editione cogitassem, qui nec ingenio, quod sentio quam sit exiguum, nec firmitate judicij, nec eruditione sum vllatenus ijs comparandus, qui fœlici conatu quæstionum difficilimarum doctissimas disceptationes atq; determinationes in publicum emiserunt: nec me fugit, haud quicquam nouiter hodie typis committi oportere, nisi quod subtili meditatione conceptum, industria summa conscriptum, numeris omnibus perfectum est & absolutum. Verum præter opinionem accidit, vt viri clarissimi & eruditissimi, quorum candorem & ingenuam

sinceritatem abunde perspexeram, cum quasdam è lucubrationibus meis legissent, asseuerarent, eas in theorica praxique multis vtiles fore, meque frequenter hortarentur, vt eas in communem studiosorum vsum publicas facerem. Horum autoritas, vt semper apud me plurimi valuit, sic tandem hic etiam effecit, vt crebræ cohortationi morem gerendum esse statuerem, incertamque iudiciorum aleam subire, quam præ formidine censuræ minus æquæ supprimendo reprehensionem incurrere mallem, bona spe fretus, hosce labores qualescunque sint, apud æquos alienarum operarum æstimatores non omnino fore fauoris expertes. Itaque disceptationes insigniores, eas maxime, quibus æstimationis, moræque doctrinam complexus eram, selegi, locis aliquot reformaui, pauloque diligentius elaboraui, ne, quam hactenus aspicere nequiuerant, lucem omnino refugere viderentur. His cum patronus quærendus esset, cuius illustrissimo nomine dignitatis aut gratiæ nonnihil opusculo conciliaretur, nullum æquiorem aut præsentiorem Celsitudine vestra expetere potui. Vt enim C. V. isthæc scripta, vtcunque vilia sint, minimeque digna, quæ tanto Principi offerantur, non aspernaturam, sed potius vt sub eiusdem auspicio tutissimoque præsidio publice appareant, & vbique sine inuidia placidissime perambulent, clementissime assensuram esse sperem, efficit heroica nec vnquam satis laudata C. V. virtus, & insignis autoritas. Illa quò maior & illustrior, eò vehementius invitat C. V. vt facta & officia cuiusque nullatenus ex opinione vulgi, sed recte & ex vero æstimet, ac vix vnquam cultum vel ab ignotis cum animi subiecta devotione reuerenter exhibitum improbet. Hæc autem quantò excellentior, tantò firmius adversus iniquas maleuolorum obtrectationes hisce lucubrationibus præsidium erit in ea repositum. Præterea me cumprimis mouet C. V. ardens illud vtroque Principe dignissimum studium iustitiæ tam sincere administrandæ, quam strenue tuendæ atque conseruandæ. Cum enim hæc opella, quantumvis exilis, à me fuerit eum ad scopum vnice directa, vt in dubijs quibusdam, & interpretum crebra dissensione intricatis articulis iuris, quos disceptatione succincta expediendos assumseram, quid iuri maxime consentaneum sit, eoque tenendum, evidentibus argumentis ostenderem, vtique minus ambigendum fuerit, eam non omnino ingratam esse futuram C. V. in id modis omnibus enitenti, vt in dirimendis subditorum

ditorum controuersijs ea teneatur judicandi ratio, quæ rectæ veræque juris rationi, Romanisque legibus omnimodo conveniat. Quod igitur superest, ea, qua par est ac decet, animi demissione humilimè peto, vt illustrissima C. V. pro solita sua in literas & literatos clementia meas Exercitationes benigno serenoque vultu suscipere dignetur. Hoc si impetravero, laboris in illis conficiendis impensi me fructus amplissimos percepisse arbitrabor. DEUS Opt. Max. C. V. diutissime superstitem & florentissimam conseruet. Berlini Calend. Mart. anno Christi M. DCI.

Jllustrissimæ C. V.

deditissimus

Andreas Kohl.



EXERCITATIONVN INDEX.

AVTORVM IN HOC LIBRO ALLE-
gatorum catalogus.

Accursius.
Ægidius Bellamera.
Ægidius Bossius.
Æmilius Ferretus.
Albericus Papiensis.
Albericus de Rosate.
Albericus de Maletis.
Albertus Brunus.
Alexander de Imola.
Alexander ab Alexandris.
Ambrosius Schurerius.
Andreas de Isernia.
Andreas Barbatius.
Andreas Alciatus.
Andreas Pomates.
Andreas Tiraquellus.
Andreas Gaill.
Andreas Fachineus.
Angelus Perusinus.
Angelus Aretinus.
Angelus de Clauasio.
Antonius de Butrio.
Antonius Burgus.
Antonius Rubeus Alexandrinus.
Antonius Neguzantius.
Antonius Capicius.
Antonius Gomezius.
Antonius Corsetus.
Antonius Augustinus.
Antonius Faber.
Antonius de Canario.
Antonius Gabrielius Romanus.
Antonius Guibertus Costanus.
Antonius Maria Coratius.
Antonius Sola.
Antonius Tessaurus.
Aristoteles.
Arius Pinellus.
Arnoldus Ferronus.
Augusti electoris Saxoniæ constitutiones.
Augustinus Berous.
Aurelius Corbulus.
Autores differentiarum iuris ciuilis & Saxonici.
Aymon Crauetta.
Azo.

Baldus de Vbaldis.
Baldus Nouellus.
Barnabas Brissonius.
Bartholomæus Salicetus.
Bartholomæus Socius.
Bartholomæus Cæpolla.
Bartholomæus Camerarius.
Bartholomæus Chassanæus.
Bartolus.
Benedictus de Plumbino.
Benedictus Capra.
Bernhardus Gammarus.
Bernhardus VVurmserus.
Borgninus Caualcanus.
Bulgarus.

Calcaneus.
Camillus Plautius.
Carolus Molinæus.
Carolus Ruinus.
Cato Saccus.
Chilianus König.
Claudius de Seysellis.
Conradus Lagus.
Constantinus Rogerius.
Constitutiones Imperij.
Constitutiones Neapolitanæ.
Cynus.

Daniel Moller.
Decisiones Rotæ.
Didacus Cauarruuias.
Dynus.

Eguinarius Baro.
Emanuel Soarez.
Euerhardus Bronchorst.

Felinus Sandæus.
Ferdinandus Vasquius.
Florianus de S. Petro.
Franciscus Tigri.
Franciscus Aretinus de Accoltis.
Franciscus Zabarella Cardinalis.
Franciscus Curtius Senior, Iunior.
Franciscus Purpuratus.
Franciscus Connanus.
Franciscus Duarenus.
Franciscus Balbus.
Franciscus Balduinus.

Francis-

Franciscus Hotomannus.
Franciscus Herculanus.
Franciscus Zoannetus.
Franciscus Viuius.
Franciscus Sarmentus.
Franciscus Sonsbeccius.
Franciscus Turzanius.

Gabriel Mudæus.
Gabriel Catianus.
Geminianus.
Georgius Natta.
Georgius Rotschitz.
Gilbertus Regius.
Guido de Suzaria.
Guido Papæ.
Guidus Pancirolus.
Guilhelmus de Cumo.
Guilhelmus Durandus Speculator.
Guilhelmus Budæus.
Guilhelmus Hannetonius.

Hartmannus Pistoris.
Hartmannus Hartmanni.
Henricus de Segubio Cardinalis Hostiensis.
Henricus Boich.
Hermannus Vulteius.
Hieronymus Cagnolus.
Hieronymus Butigella.
Hieronymus Gratus.
Hieronymus Schurfius.
Hieronymus Albanus.
Hieronymus Gabrielius.
Hippolytus de Marsiliis.
Hippolytus Riminaldus.
Hippolytus Bonacossa.
Horatius Mandosius.
Hubertus Zuchardus.
Hugo Donellus.
Hugolinus.

Iacobus de Arena.
Iacobus Rauennas.
Iacobus Ardizo.
Iacobus de Beluiso.
Iacobus Butrigarius.
Iacobus Aluarotus.
Iacobinus de Sancto Georgio.
Iacobus Cuiacius.
Iacobus Menochius.
Iacobus Tomingius.
Iacobus Venantus.
Iason.

Innocentius.
Ioachimus Mynsingerus.
Ioannes de Anania.
Ioannes Andreæ.
Ioannes Glossator.
Ioannes de Imola.
Ioannes Faber.
Ioannes de Lignano.
Ioannes Calderinus.
Ioannes de Platea.
Ioannes Petrus Ferrar. Papiensis.
Ioannes Antonius de S. Georg. Præpositus.
Ioannes Franciscus Ripa.
Ioannes Crotus.
Ioannes Campegius.
Ioannes Baptista Villalobius.
Ioannes Corasius.
Ioannes Cirierus.
Ioannes Cephalus.
Ioannes Baptista Cephalus.
Ioannes Bertachinus de Firmo.
Ioannes Regnaudus.
Ioannes Næuizanus.
Ioannes Copus.
Ioannes Bodinus.
Ioannes Superior.
Ioannes Robertus Aurelianensis.
Ioannes Lupus.
Ioannes Ronchegallus.
Ioannes Bernhardus Diazius.
Ioannes Antonius Canerius.
Ioannes Schneidevvein.
Ioannes Dauth.
Ioannes Aquila.
Ioannes Guterius.
Ioannes Saporta.
Ioannes Thomas de Minadois.
Ioannes Thomas de Marinis.
Ioannes Bolognetus.
Ioannes Longouallius.
Ioannes Baptista Asinius.
Ioannes Nicolaus Arelatanus.
Ioannes Vaudus.
Ioannes Koppen.
Ioannes Borcholt.
Iosephus Mascardus.
Iulius Clarus.
Iulius Pacius.
Iustus Reuberus.

Lancellotus Decius.

Lan

Lancellotus Galiaula.
Lancellotus Politus.
Lanfrancus de Oriano.
Laurentius Sylvanus.
Laurentius Kirchovius.
Lehnrecht.
Lucas de Penna.
Ludolphus Schraderus.
Ludovicus Pontanus Romanus.
Ludovicus Bologninus.
Ludovicus Gomezius.
Ludovicus Gozadinus.
Ludovicus Fachiius.
Ludovicus Charondas.

Marcus Antonius Mantua.
Marcus Antonius Natta.
Marcus Antonius Baverius.
Marcus Antonius Peregrinus.
Marianus Socinus.
Marinus Freccia.
Martinus gloſſator.
Martinus de Caratis Laudenſis.
Martinus de Ve.
Matthias Colerus.
Matthæus Matthesilanus.
Mattheus de Afflictis.
Mattheus V Vesenbeccius.
Michael Graſſus.
Michael Teuberus.
Modeſtinus Piſtoris.

Nicolaus Abbas Panormitanus.
Nicolaus Bellonus.
Nicolaus Boerius.
Nicolaus Euerhardus.
Niger.

Odofredus.
Oldradus.
Octavianus Oſaſcus Cacheranus.

Paris de Puteo.
Pardulphus Prateius.
Paulus Caſtrenſis.
Paulus Picus de monte Pico.
Phanucius de Phanucijs.
Philippus Decius.
Philippus Francus.
Petrus Philippus Corneus.
Petrus Paulus Pariſius.
Petrus de bellapertica.
Petrus Anchoranus.
Petrus de Bezutio.
Petrus Loriotus.
Petrus Iacobi.
Petrus Gerardus.
Petrus Duennas.
Petrus Rebuffus.
Petrus Peckius.
Petrus de Benintendis.
Petrus Gregorius.
Petrus Vanderanus.
Petrus Nicolaus Mozius.
Petrus Brederodius.
Petrus Friderus.

Raphael Fulgoſius.
Raphael Cumanus.
Raynaldus Corſus.
Raynerius de Forlivio.
Richardus Malumbra.
Robertus Maranta.
Rochus Curtius.
Rogerius gloſſator.
Rolandinus Paſſagerius.
Rolandus a Valle.

Sebaſtianus Medices
Sebaſtianus Vantius.
Sigiſmundus Lofredus.
Signorolus de Homodeis.
Speculum Saxonicum.
Stephanus Aufrerius.
Stephanus Bertrandus.
Stephnus Forcatulus.

Theophilus.
Thomas Grammaticus.
Thomas Parpalea.
Tiberius Decianus.
Tobias Nonius.

Weichbild.

Vaconius de Vacuna.
Viglius Zuichemus.
Vlrichus Zaſius.
Vincentius de Franchis.

INDEX LEGVM DECLARATARVM AVT CONCILIATARUM.

Prior numerus exercitationem, alter numerum in margine appositum indicat.

EX DIGESTO VETERI.

EX INFORTIATO.

l. si hæ-

EX DIGESTO NOVO.

EX CODICE.

EX INSTITVTIONIBVS.

EX NOVELLIS IVSTINIANI CONSTITVTIONIBUS.

ET IVRE FEVDORUM.

EX IVRE CANONICO.

Ex ordin. Cameræ Imper.

Ex Speculo Saxonico.



INDEX RERVM ET SENTENTIARVM HOC LIBRO CONTENTARVM.

A

INDEX.

128

Asis

Caussa

tate

Contra-

D.

Denun-

INDEX.

(:) ij Dispo-

E.

Electio

F

Facultatis

Fru-

INDEX.

G

H

sine

I.

Inter-

L.

Litis

N.

Negatiua

nis

O.

non

P.

Petitio

Promit-

INDEX.

Q.

R.

INDEX.

Specialium

Sub-

INDEX.

T.

æquitate

Toti

V.

Vtensilia

FINIS.





EXERCITATIO PRIMA.

De ære vasalli defuncti alieno per hæredem in feudo succedentem solvendo.

SVMMARIA.

1 *Hæres in feudo succedens tenetur satisfacere defuncti creditoribus.*
2 *Etiamsi non sponte, sed feudi obtinendi gratia hæreditatem susceperit.*
3 *Deficientibus allodialibus defuncti bonis hæres è feudo hæreditario satisfacere tenetur.*
4 *Opinio contraria rejicitur.*
5 *Ostenditur, è feudo non hæreditario non teneri hæredem solvere defuncti debita.*
6 *Contrarium defenditur.*
7 *Fundamentis prioribus respondetur.*
8 *Debita etiam lucrativa sunt ab hærede solvenda è feudo.*
9 *Hæres in emphyteusi succedens in defectu bonorum allodialium debita defuncti solvere tenetur ex emphyteusi.*
10 *Executio solummodo fructuum percipiendorum gratia fieri potest in feudum.*
11 *Quando possit in utile feudi dominium executio fieri?*
12 *In feudum sive commoditates ejus nequit executio fieri, nisi deficientibus bonis allodialibus.*
13 *Nec refert, à defuncto allodialia pervenerint ad hæredem, an aliunde.*
14 *Inventarij confectio non relevat hæredem, ne teneatur ex hæreditario feudo solvere.*
15 *Inventarij confectio ad quid prosit in hæreditario feudo?*
16 *Inventarium conficiens nil cogitur ex feudo non hæreditario solvere.*
17 *Etiamsi defuncti sit filius.*
18 *Contrarium in filio verius.*
19 *Argumenta communis opinionis diluuntur.*
20 *Inventarij confectio ad quid prodesse possit filio?*
21 *Filius non faciens inventarium legata vel fideicommissa de jure Saxonico solvere non tenetur è feudo non hæreditario.*
22 *Agnatus in feudo novo successurus hæreditatem defuncti repudiare nequit.*
23 *Nec magis ei prodest inventarij confectio, quam filio.*
24 *E feudo hæreditario successor in defectu bonorum allodialium solvere pro rata sua tenetur, etiamsi cohæredes aliquid ex hæreditate lucrentur.*
25 *Fundamenta pro sententia statuentium, successorem ratione feudi hæreditarij cohæredibus nil teneri contribuere ad solutionem æris alieni.*
26 *In hæreditario feudo quis tenetur succedere jure hæreditario sive ut hæres.*
27 *Etiamsi cohæredes habeat in eo non succedentes.*
28 *Ostenditur, successorem ratione feudi hæreditarij teneri contribuere, an solvendum æs defuncti alienum.*
29 *Uno in immobilibus, altero in mobilibus defuncti bonis succedente an & quatenus uterque solvere teneatur æs alienum.*
30 *Respondetur fundamentis in contrarium adductis.*

31 *Ratione feudi non hereditarij successor contribuere debet ad æris alieni solutionem, licet per alios ab hæreditate bonorum allodialium fuerit exclusus.*
32 *Ratione feudi non hæreditarij nihil contribuendum.*
33 *Filius in feudo non hæreditario succedens quando teneatur ultra portionem suam hæreditariam solvere.*
34 *Ab onere æris alieni hære litarij præsertim è feudo solvendi est immunis is, qui saltem in legitima succedit.*
35 *Aut in re certa institutus est.*
36 *Executio in feudum facta minime domino vel agnatis præjudicat.*



POst obitum vasalli sæpissime in controversiam vocari solet, an ipsius debita successor feudi solvere debeat? Pro cujus resolutione sciendum, referre plurimum, utrum feudi successor sit etiam hæres defuncti, an vero duntaxat in feudo succesferit? Priore † namq; casu pro re-
1 gula tenendum, feudi successorem teneri satisfacere defuncti creditoribus, *glossa & D.l. ordinariè in c. 1. an agnat. vel filius, post textum ibid. dD. in l. pro hærede, §. si quid tamen, ff. de acquiren. hæredit. Matth. de Afflictis decis. 26. & decis. 240. numer. 7. & seqq. & ad constitutiones reg. Neapol. lib. 1. rub. 97. §. si quis post litem num. 17. Capicius decis. 198. Alexan. de Imola consil. 18. num. 5. consil. 26. num. 8. vol. 5. consil. 124. num. 9. vol. 4. Albert. Brunus cons. 18. n. 15. vers. & sic cessant, & cons. 122. Barous cons. 68. n. 76. vol. 1. Guid. Pancirol. cons. 117. n. 15. Menoch. cons. 127. num. 19. vol. 2. Moranta de ordine judicior. p. 6. sub tit. de executione, num. 50. & in repetitione l. is potest, num. 40. ff. de acquir. hæred. & disput. 10. n. 4. Bartholomæus Camerarius in repetitione c. imperialem, vers. 3. conclusio principalis, ibi, secundo vero casu principali, pag. 135. & seqq. dicens* cõmunẽ & verissimam, *Didacus Covarruvias lib. 2. variar. resolutionum, c. 18. n. 4. vers. octavo. Clarus §. feudum, quæst. 43. Minsing. cent. 3. observa. 67. Gaill lib. 2. observat. 154. num. 10. Schraderus de feudis p. 7. c. 7. n. 33. & 34 Vincentius de Franchis p. 1. decis. 3. nu. 10. Borcholt. de feudis, c. 7. n. 34.* satisq; per sese patet ex *§. 1. inst. qui & quib. ex causs. manum. §. extraneis, inst. de hæred. qualit. & differ. l. qui in aliena, in princ. & passim toto titulo, ff. de acquir. hæred. l. ult. C. de jure de liber. & similibus* multis etiam aliis juris rationib. potest comprobari: tum, quod hæres defuncti personã repræsentat, *l. hæreditas, ff. de acquir. rer. domin. juncta l. hæres, ff. de usucap.* adeoque una & eadem cum defuncto persona censetur, *tex. in princ. in auth. de jureju. à moriend. præst.* Tum, quod hæreditas omnia defuncti debita continet, *l. quia poterat, l. nam quod §. non omnis, l. cogi, §. inde quæritur, ff. ad Trebell.* Vnde plus quam manifestum esse ait Vlpianus, hæreditatẽ etjamsi non sit solvendo, adeuntem obligare æri alieno, *l. more, ff. de acquir. hæred.* Tum, quia consequitur emolumentum ex persona defuncti, *§. 1. inst. de lege Falcid. d. l. nam quod, §. non omnis, ff. ad Trebell. cum simil.* Proinde rationi congruit, ut succedat etiam in onere, *c. rationi, de R. I. in 6.* factumque defuncti æs alienum contrahentis præstet, *l. ex qua persona, ff. de regulis juris.* Tum, quod actiones creditorib. adversus defunctum competentes transeunt in hæredem, simul atq; successit, *§. restituta, instit. de fideicommiss. hæredit. l. ex contractibus, ff. de obligat. & action. cum concord.* Imo actiones ex obligatione per defunctum contracta suborientes etiam incipere possunt contra hæredem, *text. in l. unic C. ut actiones & ab hæredib.* Iis vero liberari nequit, nisi creditoribus defuncti solverit, *l. solutionis, l. verborum, ff. de solution. l. obligationum, vers. nam quod alicui, ff. de oblig. & action.* Tum, quod succedens in jus dominiumve alterius uti debet jure ipsius, *l. qui in jus, ff. de regul. juris* ne sit melioris conditionis, quam defunctus, à quo caussam habet, *l. in his, §. non debeo, ff. de regulis juris.*

Quæ rationes cum peræq; procedant,

dant, siue sponte quis adierit, puta, si sit agnatus, cui liberum fuit, retinere feudum repudiata defuncti hæreditate, *c. 1. an agnatus vel fil.* sive sit hæres factus, quia feudum sine hæredita te consequi non potuit, prout evenit
2 in filio, *d. c. 1.* dubium † non est, quin utrobique regula obtinere debeat. Quamvis enim alioqui facilius ei succurratur, qui ex caussa necessaria cæpit obligari, quam obstricto ex caussa voluntaria, *l. si fideiuss. §. si necessaria, l. de die, in fi. ff. qui satisd. cogan.* tamen hic minime locū id habere potest, tum, quia creditoribus jus exigendi quod sibi debetur, enervaretur, & constat, ob necessitatē unius alteri invito jus suum non esse extorquendum, *l. peto, §. prædium, ff. de legat. 2. facit c. cum caussam, de prabend. c. nuper, de donat. inter vir. & uxor. l. ult. ff. de pact.* tum, quia certat hæres de lucro captando, creditores autem de damno vitando: & facilius succurri solet ad effugiendum damnum, quam ad lucrum consequendum, *l. Proculus, ff. de damno infect. l. si is cui §. eius, ff. de furt. Craveta consil. 120. n. 2. vol. 1.* tum etiam, quia necessitas suscipiendi cum feudo hæreditatē hac ipsa de caussa videtur imposita, ut creditoribus feudi successor satisfaciat, prout colligere licet non modo ex *d. c. 1 an agnatus*, verum hinc etiam, quod solius hæreditatis lucrosæ respectu necessitatem huiusmodi imponi non fuisset opus, cum nemo tam sit resupinus, ut emolumentum sibi delatum sive debitum repudiet, *l. cum de indebito, vers. qui enim, ff. de probat.* Proinde necessitas illa neutiquam relevare potest hæredē, ne inducta ad unum finem operetur contrarium, *l. legata inutiliter, ubi Ias. n. 8. ff. de legat. 1. l. legata inutiliter, ff. de aliment. legat. l. cum tale. §. ult. ff. de condit. & demonstr.*

Deinde pro ampliatione observandum, regulæ nostræ locum esse, non tantum, quando allodialia defuncti bona sufficiunt solvendo æri alieno, quo casu per sese manifestum, hæredem in feudo succedentē teneri creditoribus, verum etiam quando æs alienum allodialia defuncti bona longe superat: Quod † enim ex feudo sa- 3
tisfacere nihilominus teneatur, sensere Dd. pro regula sub initium allegati. Imo etiamsi defunctus nihil in bonis allodialibus reliquerit, si tamen feudi successor ipsi fiat hæres, è feudo sine dubio satisfacere tenebitur, *ut tradit præ cæteris Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. 2. n. 42.* Quæ sententia sine difficultate obtinet in feudo, quod interpretes hæreditarium nuncupant. Non quidem illius in hac significatione mentio facta videtur in jure feudorum, ut ingenue post alios fatentur *Ioan. Thomas de Marinis de generib. & qualitate feudorū, tit. de feudo hæredit. in princ. & Hart. Pist. lib. 2. quæst. c. maxime num. 30.* Proinde si vulgaris illa divisio feudi in hæreditarium & feudum ex pacto & providentia, deducenda esset è textibus juris feudorum, difficulter ea sustineri posset, ut apparet ex traditis per *Hart. Pistor. d. q. 1. n. 90. usq. ad fin.* Verum sicut primæva feudorum natura, qua per dominos pro libitu revocari poterant, jam olim ita cœpit immutari, ut sensim hæreditarijs bonis, à quibus antea tantopere distabant siue discrepabant, propius accederent, primumq; per annum firmitatem haberent, mox non minus quam patrimonialia toto vitæ tempore à vasallo possiderentur, postea successionis jure ad filios, demum Imperatoris Conradi constitutione, quam recenset *Cuiac. lib. 5. de feud.* nec non lege Lotarij tertij Imperatoris *in c. si quis miles, sub tit. constitut. feudal. domini Lotha.* ad nepotes fratresq; devolverentur, progressuq; temporis ad masculos ex primo acquirente descendentes in infinitum extenderentur, id quod in usu iam tum fuisse, cum Fridericus primus imperaret, & juris feudorum autores sive compilatores viverent, apparet ex *c. 1. §. & quia vidimus, de ijs qui feud. dare poss. & c. 1. de nat. success. feu.* ita cum deinceps frequenter feuda pro se & hæredibus acquirerentur, hæres autem, attenta vocabuli proprietate, in feudis esse nemo posset, nisi tam in eis, quam

in cæteris defuncti bonis ut hæres, sive jure hæreditario succederet, *l. hæres in omne, ff. de acquir. hæred. l. nihil aliud, ff. de verb. signif.* jureq; civili multum interesset, liberis aut familiæ quid, an hæredibus concessum esset, *l. familiaria, ff. de religios. & sumtib. funer. l. ut jurisjurandi, §. si liberi, l. cum patronus, §. cum libertus, ff. de operis libertor.* usu tandem invaluit, ut feuda, quorum in concessione de hæredibus dictum fuit, pro rebus hæreditarijs, saltem quoad successionem & effectum eius haberentur, adeoq; in eis etiam hæreditario jure succederetur: quam de feudo hæreditario sententiam consuetudine subnixam tenuit post *gloss. in l. item videndum, §. nunc videamus, ff. de petit. hæredit. Jacobus de Belvis. in c. 1. an agnat. vel fil. quem refert & sequitur Bart. in l. ut jurisjurandi, §. si liberi, ff. de operis libert. eandem amplexi fuere Andreas de Isernia, & alij quamplurimi longa serie per Hartman. Pist. d. q. 1. num. 57. 58. relati, quorum multi* communẽ & veram *perhibent: eamq; contraria Baldi & ipsius asseclarum sententia merito præferendam esse multis ostendit Hartm. Pist. d. q. 1. maxime num. 82. usq; ad 97. qui præ cæteris post Bartholomæum Camerarium eruditissime doctrinam hæreditarij feudi declaravit.* Hinc vero sua sponte sequitur, etiamsi per exigua vel nulla sint in hæreditate defuncti bona allodialia, nihilominus ex hæreditario feudo solvenda esse defuncti debita, cum illud hæreditate defuncti contineatur, & in defectu aliorum bonorum etiam ex bonis alienari prohibitis, quæ in hæreditate sunt, æs defuncti alienum deduci solviq; possit ac debeat, *l. filius familias, §. divi, ff. de legat. 1. l. pater filium, in princ. ff. de legat. 3.*

4 Contrarium † quidem, nempe deficientibus bonis allodialibus hæredem debita defuncti ne quidem ex hæreditario feudo solvere teneri, sibi sanctũ & justum videri ait *Matthæus de Afflict. ad d. const. Neap. si quis post litem, num. 19. allegans pro hac opinione Jacob. de Belviso in c. Titius, si de feudo defunc. & Bald. in c. 1. §. donare, n. 3. vers. forte possit salvari, quel. olim poter.* Sed Iacobum de Belvis. neutiquam de feudo hæreditario loqui patet ex traditis per *Hartm. Pist. lib. 2. q. 14. num. 49.* Baldum autem non agere de feudo hæreditario vel hinc patet, quia loquitur eo de feudo, de quo nè quidem ecclesiæ quicquam legare defunctus potuit, cum è diverso de feudo hæreditario liceat in testamento disponere, *ut tradunt relati per Menoch. consil. 161. num. 1. 2. 5. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 1. num. 61.* Quin etsi de feudo hæreditario loqueretur, tamen id non asserit; quod opinatur Afflict. potius contrarium non obscure innuit, siquidem contendit, filios ratione hæreditatis, quam suscipiunt, posse gravari in præstatione fructuum feudi fienda pro anima. Cæterum in feudo non hæreditario dubitatio non modica subest. Quod † enim obnoxium esse vix pos- 5
sit æri alieno hæreditario cum primis ex eo probari videtur, quod vasallus feudi conditionem sine voluntate eorum ad quos per successionem pertinet, non potest facere deteriorem, *c. 1. § è contrario, de invest. de re alie. facta.* At faceret procul dubio feudi conditionem deteriorem absq; successoris voluntate sive consensu, si æs alienum ab ipso contractum solvendum esset è feudo, quod hæres non hæreditario jure, sed ex pacto primi acquirentis & provisione concedentis adipiscitur. Deinde textus est notabilis in *l. dotale prædium, §. si uxore, ff. de fundo dot.* ubi uxor erat hæres mariti, nec tamen præstare tenetur fundum dotalem à marito alteri legatum, nisi deducto legato quantitatem dotis sive æstimationem fundi sit habitura in hæreditate: Quod si fundus dotalis soluto matrimonio ad mulierem alio quam hæreditario jure pertinens oneri hæreditario non est obnoxius, ubi deficiunt hæreditaria bona, licet alienari muliere volente potuerit, *§. 1. inst. quib. alien. lic. vel non:* utiq; nec feudum ad hæredem alio quam hæreditario jure devolutum, & alienari lege prohibitum, deficientibus alijs bonis oneri hæreditario poterit esse obnoxium. Tertio suffragatur, quia si do-

si debita defuncti è feudo solvenda essent, feudum ipsum pro ijs in effectu esset obligatum, si quidem bona non alia de caussa obligantur sive oppignorantur, quam ut creditori magis in tuto sit creditum, ac debitore non satisfaciente, creditor inde certam consequi solutionem posit, *§. contra autem inst. quibus alien. lic. §. ult. inst. quibus mod. re contrah. oblig. l. plus cautionis ff. de regul. jur.* cum tamen obligatio feudi sine domini successorumque permissione tam severe sit prohibita, *c. imperialem, de prohib. feud. alien. per Frid.* nec sit existimandum, Imperatorem verbis potius quam rebus ipsis legem imponere, *l. 2. C. commun. de lega.* quodq; expresse fieri prohibuit, tacite sive in effectu admittere voluisse, *c. cum quid una, de regul. jur. in 6.* Quod si dixeris, creditoribus defuncti non ipsum feudum in solutum dari, sed de fructibus feudi satisfieri debere: replicabitur, vivente quidem debitore tale quid fieri potuisse, quia contrahendo æs alienum quo ad fructus feudi lucro ipsius omnimodò cessuros præjudicare sibi potuit, *l. si quis in conscribendo, vers. cum alia, C. de pact. l. factum cuiq., ff. de regul. jur.* post obitum non æque, cum fructus temporis obitum sequentis sive pendeant, pars feudi censeantur, *l. fructus pendentes, ff. de rei vendic.* eoq; nec obligationi fuerint obnoxij, *l. quæ de tina, ff. de rei vendic.* sive separentur, sint nihilominus accessiones feudi ad alium devoluti, *l. in pecudum, ff. de usur. l. ædiles. §. item sciendum, ff. de ædilit. edic.* proinde non magis in ijs defunctus, quam in feudo ipso præjudicare successori potuerit, si quidem ubi quid in principali non admittitur, ne quidem in accessorio toleratur, *l. alteri, ff. de adim. legat. l. nihil dolo, §. cum principalis, ff. de reg. jur.* Movit hoc Afflictum, ut in *d. const. si quis post litem, num. 19.* statueret, hæredem ne quidem de fructibus hæreditarij feudi teneri satisfacere creditoribus. Quartò constat hæredem non teneri præstare factum defuncti tendens ad defraudandum vel privandum hæredem beneficio, quod ei lex in bonis defuncti concesit, *l. 2. ubi Bald. num. 9. C. de inoff. donat. Alexand. de Imol. consil. 57. in fi. vol. 5. Curt. Sen. consil. 1 in fi. Paris. consil. 33. n. 97 lib. 3. Cravet. consil. 200. num. 7. v. 1. Lofred. consil. 1. num. 16. consil. 10. num. 24. 25. Hieron. Gabriel. consil. 125. num. 8. Guid. Pancir. consil. 44. num. 31. Menoch. consil. 89. num. 17. vol. 1. Anton. Gabr. lib. 6. comm. conclus. 1. de regul. jur. con. l. 11 num. 26. Hartman. Pistor. lib. 2 quæst. 14. num. 33. Plures allegat Tiraquell. de retract. consangu. §. 1. gloss. 9. num. 58.* At factum defuncti contrahentis majus æs alienum, quam habeat in bonis allodialibus, tendit ad inferendum hæredi detrimentum in feudo ad eum transituro, vel eo magis, cum defunctus frugalius vivendo, rebusq; suis diligentius; ut par erat, invigilando sive prospiciendo æs alienum vitare pro parte vel in totum non incommode potuisset, nisi hæredem onerare, in feudo maluisset. Quintò: Hæres feudum consequitur eiusq; reditus percipit non hæreditario jure, imò nec ex persona defuncti, sed ex propria persona, cum fuerit ipsi ex pacto primi acquirentis & providentia concedentis quæsitum jus, cujus vigore adipiscitur utile dominium feudi ad ipsum ordine successivo devoluti, *c. 1. ibi, per investituram patris & avi, & ibi, per pactum, de feudo march. c. 1. de fratribus de novo benef. invest.* At in his, quæ ex propria persona consequitur hæres, factum defuncti non præjudicat ei, nisi quatenus dolus ipsius argui potest, *ut est tex. in l. cum à matre, C. de rei vendic. l. venditrici. C. de reb. alie. non alien. l. Soia. ff. de evict.* Dolus autem hæredis è feudo æs defuncti alienum non solventis argui vix potest,

 cum

cum in hæreditate non sit, unde satisfieri queat, & hæres retinendo reditus feudi sui, quod nullatenus obligatum fuit, nec obligari potuit ob legis prohibitionem, jure suo utatur, *l. qui sint, ff. de usur.* coq; doli sit expers, *l. nullus videtur, ff. de regul. jur.* nec illud æs alienum occasione feudi contractum, nec in utilitatem feudi versum fuerit: quo casu dolum abesse patet ex eo, quod in simili traditum reperitur, ideo hæredi fidejussoris vendicanti ex propria persona non objici posse doli exceptionem, nec eum ad interesse conveniri posse, quia pretium non invenit in hæreditate defuncti fidejussoris, nec hæreditas illainde fuit aucta, quippe cum pretium non ad fidejussorem, sed venditorem pervenerit: *ita sensit Salic. in d. l. venditrici, & clarius tradidit Boer. in c. si quis presbiter, num. 47. vers. vel forte, de rebus ecclesi. non alien. Menoch. d. consil. 89. num. 113.*
7 Sextò: Hæres in ijs bonis, quæ defunctus ei necessariò relinquere debuit, factum defuncti præstare minime tenetur, *ut post Castrens. tradidit Grammat. decis. 93. num. 11. 13. Cravet. consil. 200. num. 7. vol. 1. Grat. consil. 91. num. 38. lib. 1. Pancirol. consil. 127. num. 21. Menoch. consil. 89. num. 11. vol. 11. Anton. Gabr. lib. 6. com. concl. 1. de reg. jur. concl. 11. num. 25. Vincent. de Franch. p. 1. decis. 1. n° 38. 39.* Proinde cum post obitum possidentis hæres ipsius feudum necessario consequi debuerit, factum defuncti æs alienum, quod aliunde, quam ex feudo, solvi nequit, contrahentis hæredi obesse in feudo minime debebit. Septimo: Si æs defuncti alienum è feudo solvendum esset, præjudicaretur ipsi domino, si quidem hæres nihil aut parum è feudo percipiens, quandiu creditoribus integre nondum est satisfactum, servitia domino debita præstare difficulter potest ob defectum sumtuum, *c. imperialem, in princ. de prohib. feud. alien. per Frid.* Quocirca cum etiam intersit domini, ne debita defuncti e feudo solvantur, susceptio hæreditatis feudum solutioni æris alieni hæreditarij reddere vix poterit obnoxium, *l. non debet alteri, ff. de regul. jur. l. fin. §. sin autem C. de acquir. possess. l. transactione matris C. de transact. l. servus & l. filius ff. de pactis l. 1. ff. de alien. judicij mut. causa facta l. si filia ff. de divor. l. 1. §. de eo opere, de aqua pluvia arcend.* Nam perpetuo verum est, quod Iustitia constans & perpetua voluntas est, à qua tanquam a matre, tria juris præcepta descendunt, scilicet, honeste vivere, alterum non lædere, & jus suum unicuiq; tribuere. *l. Justitia §. juris præcepta ff. de justitia & jure c. placuit de majoribus & obed.* Deniq; comprobari videtur ex eo, quod feudum à defuncto alienatum ab hærede, licet inventarium non fecerit, revocari posse, plurimi statuunt, quos recenset *Harman. Pistor. lib. 2. q. 14. num. 33. vers. cum itaq; quibus addi possunt Natt. consil. 470. num. 16. 17. lib. 2. Grat. consil. 91. num. 35. lib. 1.* Quod si factum defuncti non obest in feudo recuperando, longe minus obesse poterit in retinendo, siquidem retentio facilior & favorabilior est, quam petitio sive recuperatio, *l. 3. ff. de compensat. l. per retentionem, C. de usur. l. pure, in princ. vers. expedit, ff. de except. doli Cravet. consil. 6. num. 98. vol. 1. Decian. consil. 29. num. 92. volum. 1.*

Verum † hæc ut ut sese habeant, attamen ex feudo licet non sit hæreditarium, debita defuncti solvi oportere, verius arbitror, cum Dd. supra pro regula allegatis, quorum plerique tali de casu loquuntur: Militant enim hic etiam rationes initio pro confirmatione conclusionis principalis adductæ, una duntaxat excepta. Et quidem cum eæ sint regulæ juris certissimæ, nec tamen ijs jure feudorum 6

dorum derogatum in proposito reperiatur, certe firmiter eis inhærendum fuerit, *secundum not. Dd. in l. 1. ff. de regul. jur.* Quinimo tantum abest, jure feudorum quicquam hac in parte juri communi derogatum esse, ut potius idem colligi manifeste queat ex *c. 1. an agnat. vel fil.* quem textum de feudo non hæreditario accipiendum esse crebrior & verior est interpretum sententia luculenter comprobata per *Harman. Pistor. lib. 2. q. 2.* Quod autem eo de casu illic agatur, cum hæreditas est damnosa sive non solvendo, sentiunt *Dd. ibidem traditâ, post alios Sonsbec. de feud. p. 9. Hartman. Pistor. d. q. 2. num. 45.* & clare patet, non hinc modo, quia disceptatur illic, an hæreditate defuncti repudiata feudum retinere liceat: quæ disceptatio non tam hæreditati lucrosæ, quippe quam nemo facile repudiar, quam damnosæ congruit: verum etiam quia dicitur in textu, debitum defuncti de fructibus hæredi in feudum non succedenti alioqui cedentibus esse solvendum. Atqui manifeste statuitur ibi, non licere filio retinere feudum absq; susceptione hæreditatis & onerum hæreditariorum, nisi dominus eum consentientibus agnatis quasi de novo beneficio investierit. Sed & in principio perhibetur, agnatum hæreditate repudiata feudum retinentem, de debito hæreditario non teneri quid feudi nomine solvere: Cui certe consequens, agnatum, qui non repudiat, sed adit hæreditatem damnosam, debitum hæreditarium è feudo solvere teneri, argumento ducto à contrario sensu, quod est in jure frequens & fortissimum, *l. 1. & ibi not. per Dd. ff. de offic. eius cui mand.* Præterea certi juris est, eum qui absque iuventarij beneficio damnosam hæreditatem suscipit, æs alienum, quod ex hæreditate solvi nequit, de suo solvere teneri; *l. ult. in princ. vers. ipsorum autem, & §. sin autem hoc, C. de jure delib.* Proinde licet hæres proprio, non hæreditario jure feudum adipiscatur, tamen ut necesse fuisset, defunctum bonis aliis destitutum é feudo satisfacere creditoribus, si eo vivente, quod sibi debebatur, exegissent, *arg. l. commodis, & ibi not. per gloss. & Dd. ff. de re judic. l. stipendia, C. de execut. rei jud. c. 2. de fidejuss.* ita hæredem etiam oportet iisdem solutionem urgentibus é feudo satisfacere, *per d. l. ult.* ne sit melioris conditionis, quam defunctus ipse, *l in his, §. non debeo, ff. de reg. jur.* Accedit, quod hæredem non minus in bonis proprijs, quā hæreditarijs onerare defunctus potest, *l. unum ex familia, l. cum filius, §. dominus, ff. de lega. 2. Dd. in l. assiduis, C. qui pot. in pign. Afflict. decis. 26. nu. 3. & decis. 111. num. 15. 16.* tamq; licet ei de rebus hæredis, quam de suis disponere, *gloss. in §. non solum, ubi Dd. post tex. ibidem inst. de legat. Paris. consil. 2. num. 35. vol. 3. Bellon. consil. 9. num. 9. Cravet. consil. 133. num. 3. vol. 1. Menoch. consil. 120. num. 20. vol. 1.* Quo fit, ut hæres factum defuncti præstare teneatur etiam in ijs, quæ gessit in rebus proprijs ipsius hæredis, *l. cum à matre, C. de rei vend. l. si fundum, C. de reb. alien. non alien. l. si ab eo, C. de liber. caussa, Anton. Gabr. & per eum allegat. lib. 6. tit. de regul. juris, concl. 11. num. 3.* Dubium vero non est, quin defunctus contrahendo æs alienum se & hæredem obligarit ad id solvendum é suis hæredisve bonis, *l. si pactum, ff. de probat. l. ex facto, § unde scio, ff. de hæred. inst. l. 1. §. item sciendum, l. si creditores, ff. de separat. l. 1. 2. C. de action. hered. cum simil.* Quare vel hinc evincitur, hæredem non minus é feudo ad ipsum devoluto debita defuncti solvere teneri, quam defunctus ipse debuisset inde satisfacere, si æs alienum in vita ipsius fuisset exactum. Quid quod hæres ipse suscipiendo hæreditatem obligationes universas, quibus defun-

ctus obstrictus erat, in sese recipit, ut perinde sit, ac si eas ipse contraxisset, perindeque teneatur defuncti creditoribus, ac si facto proprio semetipsum ijs ab initio obligasset, *l. more, ff. de acquir. hered. facit l. apud Iulian. in fin. cum l. seq. ff. quib. ex causs. in poss. eat.* Sicut igitur, si debitum ipse contraxisset, e feudo satisfaciendum esset alijs bonis deficientibus, ita æs alienum hæreditarium in defectu aliorum bonorum ex eodem solvi necesse est. Denique clarius apparebit huius sententiæ veritas, cum diluerimus in contrarium adducta.
7 Non † enim obstat *c. 1. §. è contrario, de invest. de re alie. fac.* quia negari potest, feudi conditionem fieri deteriorem, cum feudum in sui substantia salvum remaneat & illibatum, debitaq; defuncti per sese nihil cum eo commune habeant, nec hæres ea solvat é feudo, quatenus est successor feudi, sed quatenus est hæres & personaliter obligatus, cogatur satisfacere de eo, quod ex feudo alioqui lucratur, suisque bonis allodialibus adijcit. Quin etsi concederetur, fieri deteriorem feudi conditionem, attamen si diligentius attendatur, evidenter depræhenditur, hic voluntatem successoris concurrere, dum fit hæres defuncti, & consequenter oneribus hæreditarijs sese subijcit, æsq; defuncti alienum, cui solvendo allodialia bona minime sufficiunt, eoq; nec aliunde quam e feudo solvi potest, agnoscit, *l. ex facto, §. unde scio, ff. de hered. inst.* Namq; suscipiendo hæreditatem astringitur, ut voluntatem factumq; defuncti suo consensu firmare teneatur, *ut est tex. in l. si ab eo, C. de lib. caus.* proinde nec immunis esse potest hæres ab eo, cujus præstationi fuit is obnoxius, cuius hæreditatem suscepit, *l. postulante, vers. cur enim ff. ad Trebell.* Ac licet non initio, sed ex intervallo demum successoris consensus accedat, attamen hoc abunde sufficit, cum non pro forma, sed ratione præjudicij saltem, quod infertur successori, consensus ipsius requiratur, *l. 1. §. prodest, ff. quod legator. l. si sine, §. si procuratori, ff. rem rat. hab. c. cura, c. suggestum, de jure patron. Dd. in l. si quis mihi, §. iussum, ff. de acquir. hæred.* & sufficere, si ex post facto successoris in feudo voluntas accedat, probat præ cœteris textus notabilis *in c. 1. ibi, vel post ea ratum non habentibus de alien. feudi paterni.* Nec juvabit filium, si prætendat, quod invitus patri hæres extiterit, *c. 1. an agnat.* Præterquam enim quod coacta voluntas sit voluntas, *l. si mulier, §. si metu coactus adij, ff. quod met. caus. l. si patre cogente, ff. de ritu nuptiar. l. si privatus, ff. qui & à quibus c. merito, 15. q. 1. gloss. in l. velle, ubi Dd. ff. de reg. jur.* ea quoque de caussa non videtur invitus hæres fieri, quia liberam habuit facultatem suscipiendi vel repudiandi hæreditatem cum feudo: Vnde cum feudi obtinendi gratia maluerit hæreditatem suscipere, quam utrumq; repudiare, consequitur, eum agnovisse pariter onus annexum, *c. ratione, de regul. jur. in 6.* adeoq; voluntatem facto defuncti æs alienum e feudo solvendum contrahentis non invitum accommodasse, siquidem qui vult unum, simul omnia velle censetur, quæ necessario cohærent eidem, vel inde consequuntur, *l. 2. ff. de jurisd. l. ad rem, l. ad legatum, ff. de procurat. cum simil.* Similiter non officit tex. *l. dotale, §. si uxore, ff. de fundo dot.* cum inter legata, de quibus illic agitur, & debita defuncti plurimum intersit. Legata namq; introducto nondum inventarij beneficio præstari necesse non erat, nisi deducto prius omni ære alieno, *l. in imponenda, l. irritũ, l. successores, C. ad legem Falcid.* nec oportebat quenquã plus legati nomine soluere, quã ad eũ ex hæreditate perveniebat, *l. 1. §. si is qui quadringẽta, ff. ad Trebell.* imo etiam Falcidiæ detractioni locus in le-

In legatis bonorum residuorum dodrantem excedentibus, *d. l. in imponenda, & l. irritum, l. si quis testamento, §. is qui, ff. de lega. 1.* Vnde cum ex hæreditarijs bonis hæres id etiam, quod à defuncto sibi debebatur, non minus quam alia debita æris alieni loco deducere posset, *d. l. in imponenda, d. l. irritum, l. cum pater, §. Titio, ff. de legat. 2.* rectissime respondit Vlpianus *in d. l. dotale, §. si uxore*, valere non posse legatum fundi dotalis, nisi quatenus mulier in hæreditate quantitatem dotis ei pro fundo dotali omnimodo debitam est habitura. Secus in ære alieno, quod hæres olim semper in solidum solvere tenebatur, *l. more, ff. de acquir. hære. l. sciendum, § ex contrario, ff. de separat. §. extraneis, inst. de hær. qual.* hodie tñ demum, ubi non fecit inventarium, aut hæreditas est solvendo, *l. ult. C. de jure deliber.* Proinde tantum abest, eum id, quod sibi a defuncto debebatur, deducere posse adversus creditores, quoties ijs non facto inventario ultra vires hæreditarias est obstrictus, *d. l. ult. l. Stichum, §. aditio, ff. de solution. l. quæ dotis, ff. solut. matri. Castrens. in l. ita tamen, §. si ex Trebell num. 2. ubi Alexand. num. 8. ff. ad Trebell. Raphael Cuman. in l. debitor, ff. ad Trebell.* ut etiam bona ipsius propria æri alieno hæreditario incipiant esse obnoxia, *l. 1. §. item sciendum, vers. cumures, l. si creditores, ff. de separat.* Ad tertium responderi potest, negando consequentiam. Quamvis enim è feudo sint solvenda debita defuncti, tamen cum in feudum ipsum executio fieri nequeat, nec id in solutum dari vel distrahi possit, evidenter inde patet, isthæc duo, nempe, debita è feudo solvi oportere, & feudum pro ijs obligatum sive oppignoratum, esse, in effectu maxime discrepare, siquidem præcipuis oppignorationis & potissimus effectus, ut pecunia non soluta pignus distrahi, & illius alienatione vel in solutum datione creditori satisfieri queat, *toto tit. ff. & C. de distr. pign. & toto tit. C. si in caussa iudic. l. ordo, C. de execut. rei iudic.* Ac licet fructus post obitum pendentes pars feudi ad hæredem devoluti censeantur, ac separati sint eiusdem accessiones, quia tamen constat, eos ubi separantur, sive quatenus considerantur ut separandi, non esse feudi partem, nec feudi naturam conditionemve sequi vel imitari, sed allodialibus bonis accenseri, tamq; consumi pro libitu, & in alium transferri posse, ut allodialia, *c. 1. de fratrib. de novo benef. invest. c. 1. §. his consequenter, hic fin. lex, c. 1. an agna. Lucas de Penna in l. quicunq., 7. C. de omni agro desert. lib. 11. Camerarius in rep. c. imperialem, in princ. pag. 130. vers. si vero considerantur, de prohib. feu. alie. per Fred. Vincent. de Framb. p. 1. decis. 18. num. 10. Schrad. & per eum longa serie relati in tract. de feud. p. 2. nona partis princip. sect. 3. num. 4.* merito fit, ut in commoditates fructusque feudi non minus executio fieri possit, quam in alia hæredis allodialia bona, tanque in illis, quam in his defunctus ei præjudicare potuerit, *l. unum ex familia, l. cum pater, §. dominus, ff. de legat. 2.* Nec valeat principali ad accessorium consequentia, quoties, ut in proposito, non est eadem utriusq; natura, nec eadem, sed diversa ratio subest, *Jason. post alios in l. cum filius fam. num. 6. ff. de verb. oblig. Dec. in l. cum principalis, num. 3. ff. de reg. jur.* Quartum præsupponit debita defunctum contraxisse in fraudem successoris in feudo, cum tamen hic argui fraus vix ulla possit. Vt ut enim debitor minus attentus ad rem fuerit, aut frugalius vivere potuerit, non tamen hinc apparet, propositum sive animus fraudandi, sed culpa saltem aut negligentia quadam æri alieno eum esse factum obnoxium deprænhenditur. Imo frequenter evenit, ut etiam frugales & industrij sine ipsorum culpa æris alieni onere obruantur. Cumq; contrahendo æs alienum, quod aliunde, quam e feudo solvi nequit, debitor æque vel magis sibi noceat, quã hæredi, liquidem semper ei verendum, ne contra sese ad instantiam creditorum fiat executio in fructus feudi quibus se suosq; sustentat certe

certe vel hac de caussa non est verisimile, quenquam contraxisse æs alienum in fraudem successoris in feudo. Adde quod successurus in feudo vel est agnatus, quo casu manifestũ est, æs alienum non esse in ipsius fraudẽ contractum, *l. siquis cum, ff. quæ in fraud. credit. §. in fraudem, inst. qui & quib. ex causs.* cùm nulla necessitate adactus hæreditatem adierit, sed ea repudiata feudum consequi potuerit sine onere æris alieni, *c. 1. an agnat.* nec fraudari videatur, qui scit & consentit, *l. nemo videtur, ff. de regul. jur. c. scienti, de reg. jur. in 6.* Vel est debitoris filius, & iterum excluditur omnis suspitio fraudis, cum pater, quantũ potest, cõmoda filij procurare, optimumq; pro eo consiliũ capere præsumatur, *l. nec in ea, ff. ad leg. Iul. deci adult. Alciat. de præsumt. reg. 1. præsumt. 2. n. 2. 8. Menoch. consil 8. n. 1. vol. 1.* Quinimo cum jus cuiq; permittat onerare hæredes in rebus ipsorum proprijs, ut antea dictum, feudiq; successor hæreditatem, qua potuisset abstinere, nemine cogente susceperit, hinc etiam liquet, in fraudem successoris feudi nihil esse factum à defuncto, qui jure sibi permisso fuit usus, ut in simili casu respondit *Hartm. Pistor. lib. 2. q. 14. num. 52.* Non obstat quintum: Quamvis enim hæreditas non sit solvendo, feudumq; obligari nequiverit, tamen cum sit notisimi juris, hæredem absq; inventarij beneficio teneri ultra vires hæreditarias de proprijs bonis satisfacere defuncti creditoribus, & reditus feudi allodialibus non feudalibus defuncti bonis accenseantur, nemo non animadvertit, hæredem de reditibus feudi satisfacere recusantem sub vano prætextu, quod feudum obligari nequiverit, nec hæreditario, sed proprio jure per ipsum possideatur, non modo non uti jure suo, sed ne quidem dolo carere, siquidem eo ipso, quod sese tueri conatur tali exceptione, quam novit aut scire debet, replicatione, quod hæres ultra vires hæreditarias de suis bonis allodialibus, sub quibus feudi reditus continentur, satisfacere teneatur, facile tolli posse, dolo facere videtur, *l. 2. §. & generaliter, l. apud Celsum, §. contra, ff. de excep. doli, & in princ. inst. de replic.* Ac licet æs alienum nec occasione feudi contractum, nec in illius utilitatem conversum fuerit, non tamen hinc evincitur, dolum abesse, tum ob rationem modo indicatam, tum quod allegata in contrarium doctrina Saliceti, Boerij & Menochij revocatur in dubium per ea quæ tradunt *Alciat. respon. 556. ad fin. & Donell. in l. exceptione, C. de evictiion.* tum, quod hæc ea minime quadrat, quippe super eo, quod pretium non pervenerit ad fidejussorem, cujus hæres evincit, fundata, cũ hic è diverso ad defunctum pecunia credita pervenerit, eoq; ipsius hæredi solutionem recusanti, & ex propria persona exceptionem objicienti replicatio doli obstet, *d. l. 2. §. & generaliter, ff. de except. doli.* Ad sextum responderi potest, factum defuncti hæredi obesse non tam in ipso feudo, quam in fructibus è feudo quidem provenientibus, attamen ab eo maxime diversis, quos hæredi non tenebatur necessario relinquere, cum potuerit eum in his onerare, ut supra dictum. Deinde potest etiam dici, oppositam interpretum doctrinam ita demum habere locum, cum dispositio legis facto defuncti adversatur, prout eam præ cæteris declarat *Menoch. d. cons. 89. n. 99. & seqq.* nec immeritò, cũ alioqui nihil obstare videatur, quo minus in bonis hæredi necessariò relinquendis defunctus eum oneret, præsertim cum possit eundem in bonis ipsius hæredis proprijs onerare, & hic suscipiendo hæreditatem sese astrinxisse intelligatur ad approbandum suo consensu factum defuncti sibi præjudicans, *l. si ab eo, C. de liberali caussa.* At vasallo non adversatur dispositio legis, quo minus contrahere debita possit, quibus solvendis allodialia bona sua vix suffectura sint, potius id ei permissum esse, non obscure innuit tex. *c. 1. an agnat.* insuper adeundo efficit hæres, ut hoc ipsum defuncti factum in sui præjudicium firmare suo consensu debeat, *d. l. si ab eo:* Proinde

nil

nil mirum, si contravenire nequeat, sed æs alienum hæreditarium è feudo solvere teneatur. Nec officit septimum, quia si hæres non aliunde sumtus habeat, aliquid ei de feudi reditibus assignandum, ut servitia domino debita commode præstare possit, prout post alios tradidit *Bartol. Camer. in repet. c. imperialem, in princ. tertia concl. princ. p. 152. vers. aut & secundo modo, de prohib. feu. alie. per Frid.* Tandem nec obstat autoritas Dd. feudi à defuncto alienati revocationem hæredi, licet inventarium non fecerit, permittentium, quia sententia contraria communiter est approbata, pro qua plurimos allegant *Hartman. Pistor. lib. 2 q. 9. num. 11. Menoch. consil. 89. num. 107. 109. 110. Vultejus de feud. lib. 1. c. 11. num. 93.* Quin etsi prior opinio vera esset, non tamen inde sequeretur, æs defuncti alienum, ubi solvendo non est hæreditas, e feudo solvendum esse: tum, quia magna est differentia, an tractetur de repellendo successore feudi à revocanda alienatione, an vero de eo astringendo ad solvendum è feudo æs alienum defuncti, nec ab uno ad alterum valet illatio, ut præ cæteris in specie notat *Arius Pinell. in l. 1. p. 3. num. 96. vers. infertur quinto, C. de bonis mater.* tum, quia retinet hæres utile dominium feudi, licet executio fiat in feudi commoditates, *Dd. in l. si finita, §. si de vectigalib. ff. de dam. infec. & in l. commodis, ff. de re judic. Jacob. de S. Georg. de feud. verbo, & dicti vasalli, nu. 39.* tum, quia hæres feudum revocans nihilominus tenetur de evictione vel ad pretium, *ut liquet ex traditis per Hartm. Pistor. lib. 2. q. 10.* quod si nequeat aliunde solvere, e feudo solvat oportet, *d. c. 1. & ibi not. per Dd. an agnat. vel filius.*

8 Ampliatur III. Quamvis † lucrativa debita è feudo solvenda esse, negare videatur *Albert. Brunus consil. feud. 18. num. 17.* contrarium tamen sine dubio verius est: Sive enim debeantur ex actu inter vivos, puta, ex caussa donationis, cum sint illa paris omnino conditionis cum cæteris debitis a defuncto contractis, *l. si quis argentum, §. si autem hoc, C. de donation. §. alia, inst. d. t.* & sub ære defuncti alieno, ut sub genere species contineantur, adductæque rationes in ijs peræque militent, idem in ijs quoque juris erit, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præstan. l. illud, ff. ad l. Aquil. & est textus ad propositum notabilis in l. qua dotis, ff. solut. matrim.* Sive ex ultima voluntate, uti sunt legata & fideicommissa, oportebit, ea quoque per hæredem ex hæreditario feudo solvi, *ut post Andream de Isern. in c. 1. an agnat. & in c. 1. qui success. tenea. tenuit Afflict. in c. 1. in princ. num. 71. de success. feudi & decis. 240. num. 8. & seqq. Camerar. in repet. d. c. imperial. in princ. tertia concl. princ. p. 140. vers. & ideo. Lofred. consil. 42. concl. 2. n. 16. cum seq. Thom. Grammat. decis. 103. num. 148. Vincent. de Franch. p. 1. decis. 1. n. 25. 34. Sensit Schrad. & per eum allegati in tract. de feud. p. 7. c. 2. num. 12.* Cum enim legata & fideicommissa debeantur ex hæreditate, *l. si universæ, C. de legat. l. in imponenda, C. ad legem Falcid. §. cum autem, inst. de lege Falcid.* & feudum hæreditarium accenseatur hæreditarijs rebus, ac in ipsa hæreditate contineatur, necessario consequitur, hujusmodi feudum ab onere legatorum seu fideicommissorum a defuncto relictorum esse immune minime posse, *Dd. loc. relat.* vel eo magis, quoniam de tali feudo vasallus pro arbitrio suo in præjudicium successorum testamento disponere potest, pro qua sententia plurimos allegant *Menoch. consil. 104. num. 19. Hartm. Pist. lib. 2. q. 1. num. 61. Vult. de feud. lib. 1. c. 9. nu. 75.* Imo etiamsi feudum ipsum fuerit alicui in investitura minime comprehenso legatum consensu domini non accedente, nihilominus pro feudo, quod præstari nequit, eius æstimatio legatario debetur ab hærede, secundum communem Dd. sententiam, de qua testantur *Curt. Iun. cons. 30. v. 1. Martin. Frecc. de sub. feud. lib. 3. q. 12. Grassus §. legatum, q. 14. num. 22. vers. intellige hanc.* Falcidiæ tamen deductioni, si legata dodrantem bonorum defuncti ære alieno deducto residuorum excedant, & hæres inventarium confecerit, locum

cum

cum esse constat, *toto tit. ff. & C. ad leg. Falcid. l. ult. C. de jure delib.* Sin vero feudum non sit hæreditarium, ne rum quidem fuerit ambigendum, hæredem sine inventarij beneficio adeuntem in defectu bonorum allodialium è feudo præstare legata teneri, *c. 1. & ibi. not. on agnat.* cum ob spretum legis Iustinianeæ beneficium non modo Falcidiam perdiderit, verum etiam ultra vires hæreditarias legatis in solidum, deq; proprio patrimonio præstandis obnoxius esse cœperit, *§. si vero non fecerit. in auth. de hæred. & falcid. auth. sed cum testator, ubi gloss. & Dd. C. ad leg. Falcid.* Quod si procedit in legatis simpliciter relictis, multo magis è feudo fructus erunt præstandi, quando testator nominatim alicui fructus feudi legavit, *ut præ cæteris tenuit Bald. in c. 1. in princ. num. 8. ubi Alvar. num. 4. de success. feudi, Bald. in c. 1. §. donare, num. 3. vers. forte posset qual. olim feud. Alexand. consil. 18. lib. 5. Jacob. de S. Georg. de feud. verb. & cum pacto, n. 12. & verb. ita etiam quod ipsi vasalli, num 16. Angel. de Clavas. in summa, verb. feudum, num. 15. Mozius de feud. sub. tit. de naturalibus feudor. num. 70. Schrad. de feud. p. 7. c. 2. num 25. Sensit idem Afflic. decis. 240. num. 8. & seqq.*

9 Ampliatur IV. ut procedat † etiam in successore emphyteutis, qui si pristino possessori defuncto fiat hæres, nec sufficiant allodialia bona, ex emphyteusi tenebitur satisfacere defuncti creditoribus: id enim evincunt rationes antea consideratæ hic æque vel magis militantes, traditq; præ cæteris *Covarr. lib. 2. var. resolut. c. 18. num. 4. vers. octavo infertur, & Clar. §. feudum, q. 43.*

10 Limitanda † vero eadem regula I. Quamvis hæres in feudo succedens æs alienum defuncti solvere teneatur, non tamen feudum ipsum licet in solutum dare, nec in feudum ita potest executio fieri, ut ipse privetur utili dominio, sed eo penes illum remanente saltem commoditas & fructus feudi solvi, sive in caussam iudicati capi possunt, *Bart. & Dd. in l. si finita, § si de vectigal. lib. ff. de dam. infec. & in l. commodis, ff. de re iudic. Dd. in c. 1. §. hoc ergo. de invest. de re alie. fac. & in c. 1. an agnat. Specul. in t. de primo decr. § restat num. 8. & t. de exe ut. §. sequitur, num. 17. Ferror. in forma libel. quo agitur ad revoc. feud. verb. nec superstitib. num. 7. vers. & hoc puto. Iacobin. de S. Georg. de feud. verb. & dicti vasalli, n. 30. Curt. de feud. p. 1. q. 8. n. 10. Afflict. decis. 26. & decis. 240. n. 8 usq. ad fin. Maran. de ord. iudic. p. 6. sub rub. de execut. nu. 50. Camer. in repet. d. c. imperial. in pr. nc. tertio concl. princ. Tiraq. de retrac. consang. § 1. gloss. 7. n. 47. 49. Chil. Konig in proc. ess. c. 103. sub tit.* Von der hülff auff Lehngütter / *Gail. lib. 1. observ. 117. num. 2. & 5.* communem & veram *dicens, & lib. 2. observ. 145 num 6. & de pace publ. lib. 2. c. 17. num. 16. Hartm. Pist. lib. 1. q. 15. num 1. dicens, plerosq; interpretũ ita una ore concludere. Petr. Greg. in Syntag. juris, lib. 6. c. 17. num. 8. Colerus de process. execut. p. 2. c. 3. num. 269. cum multis seqq. Motzius de feud. sub rub. de naturalibus feudor. num. 44. Vultei. de feud. lib. 1. c. 10. n. 57. Joan. Thom. de Marin. de generibus & qualit. feudor. t. 6. de feud. hæred. antiq. nu. 37. Decius cons. 445 n. 29. Berous consil. 68. n. 76. vol. 1 Cravet. consil. 197. n. 2. vol. 1. Albert. Brun. cons. feu. 18. n 16. Ruin. cons. 170. n. 15. & seq. lib. 1. Lofred. consil. 46. n. 17.* cuius limitationis rationes præ cæteris erudite prosequitur *Hartman. Pistor. lib. 1. q. 15 n. 1. usq. ad 10.* Et quoniam non minus in hæreditario feudo, quippe quod ad alios præterquam in investitura comprehensos absque domini consensu transire sive transferri nequit, quam non hæreditario locum sibi vendicant, non ambigitur, idem in utroq; jus obtinere, prout etiam Dd. allegati generaliter, nonnulli etiam nominatim de feudo hæreditario ita decidunt, nempe *Afflic. Curt. Maran. Brun. Camer. Cravet. Joa. Thom. de Marin. Pancir. loc. rel.* Domini † tamen interveniente consensu non infructus modo, sed & ipsius feudi utile dominium executionem fieri posse, multis ostendit *Hartman. Pistor. d. q. 15.* Imo quoties vigore pacti, statuti, vel consuetudinis potest absq; domini consensu feudum alienari, dubitandum non videtur, executionem in ipsum utile dominium 11

fieri

fieri posse, *Bald. in auth. & qui n. 29. ubi Salic.n.74. C.de bon.aut.jud.possid.Alex.in d.l.si finita, §.si de vectigalib. num.14.ff. de dam. infec. Ripa in l.obligatione generali, n. 37.& 38.ff.de pignor.Dec.consi.185.& cons. 205. & cons.445. Cravet.d.consil. 197. n. 3. Hart. Pist. d.q.15.n.37.*

12 Limitanda II. Nō † enim in feudū sive commoditates è feudo percipiendas executio fieri potest, nisi duntaxat in subsidium, quatenus allodialia bona deficiunt, vel in allodialibus nō sine magna difficultate potest executio fieri, *Bart.in d.l.si finita, §.si de vectigalib,n.5.ubi Lud.Roman.Ioan.de Imol.n. 53.Alex.n.18.ff.de damno.inf.Bald.in l.pro herede, §. si quid tamen, nu. 5. ubi post alios Ias.n.17.ff.de acquir.hered. Raph.Cum.in l. commodis,ubi Alex.n.3.Ias.n.3.& 5.ff.de re judic.An.de Isern.in c.1.§.donare,qual.olim feu.alie.Alvarot.in c.1. §.quid ergo,n. 3.ubi Laud.n,12. Afflic.n.4. & 6.de invest.de re alie.fac.Alvar.in c. imperialē, in pr.n.16.& in repet.ibid.Camer.concl.3.princ. vers. & ultimo semper,de prohib.feu.alie.per Frid. Iac.de S.Geor. de feud.verb.& dicti vasalli, n.39.Curt.de feud.p.4.n.39.& 102.Schneid. de feud.p.2.n.35.Chil.Kon.in processu, c.103. sub rub.* von der hülffe auffs Lehngut. *Maranta de ord.judic.p.6.t.de execut.n.49.Caspic.decis.198.& 199.Thom. Gramm. decis. 103.n.147.& 148.Albert.Brun.cons.feud.18. n.16.Gail.lib.1.observ.117,n.2.* communem *dicens, Pet.Greg.in Syntag.juris,lib.5.c.17. n.8. Col.r.de process.execut.p.2.c.3.n.278. Schrad.de feud.p.8.c.1.n.28. Moz. de feud. sub rub. quæ actio oria.ex feudo,n.13.& sub rub. ex quib.caussis feud.amitt.n.129. Borcholt de feud.c.8.n.48.Vultei.de feud. lib.1. c.10.n.57.VVesenb.cons.5.n.7.8.Ioan.Koppen decis.39.n.11.* Ac licet Castr. *in d.l.pro herede, §.si quid tamen,* contrarium teneat, communis tamen sententia probatur per tex. *l.stipendia,C. de execu. rei judic.* ubi vetant Impp. retineri stipendia, cum rem iudicatam potest judex alijs rationib. exequi: manifeste simul innuentes, executionē in stipēdia fieri posse, cū aliter satisfieri nequit. Quod enim de stipendijs militum dispositum reperitur, bona consequentia trahitur ad feudum fructusq; feudi, cū hi perinde ut illa percipi soleant ob servitia potissimum militaria, adeoq; stipendiorum fructus feudi quodammodo surrogati videantur, *c.1.in pr.quib.mod. feu.amitt.c.1.de nova for.fidel.c.1.de vasallo milite qui arma bellic.c.un.in fi.in quib.caus. feu.amitt.* proinde nec immerito naturam & conditionē stipendiorum hac in parte sequuntur & imitantur, *l.si eū, §.qui injuriar.ff.si quis cantion.l.si donata, § si sponsus, ff.de donatio. inter vir. & uxor.* Deinde in feudum executio fit, sive utile dominium feudi creditoribus addicatur, siue in illud ij fructuum duntaxat percipiendorum gratia immittantur, ut tradunt interpretes limitatione præcedenti relati. At feudum alienari severe prohibetur, & in res alienari prohibitas constat executionē fieri nec posse nec debere, nisi in defectu aliorum bonorum, *l. filiusfam.§.divi,ff.de lega.1.l.peto,§.prædium,ff.de lega.2. l.pater filium, in princ.ff. de lega.3.* Accedit, quod ipsius etiam domini videtur interesse, ne fructuum percipiendorū gratia creditores in feudū immittantur, si posit eis aliunde satisfieri, tū, quia feudum dominus ea lege concessit, ut eo vasallus ipsemet uteretur, frueretur, non ut alius pro eo fructus perciperet: tum, quia creditores in feudum immissi, tantam illius, quippe alieni, curā vix gerunt, quantam utilis feudi dominus adhibere solet, cum probe norint, protinus idesse relinquendum, simul atq; plene per fructo est satisfactum: tum etiam, quia vasallus emolumentum è feudo nō percipiens servitia domino debita tam commode vix præstat, etiamsi alijs è bonis ei sumtus adhuc suppetant, quā si feudo, cujus ratione servit, uteretur, frueretur, *c.imperial.de proh.feu.alie.per Lotha.c. imperialem, de prohi.feu.alie.per Frid.* Præterea constat, executionem sic instirui debere, ut parti utriq;, nempe creditori pariter atq; debitori, quantum fieri potest, minus onerosa nocivaq; sit, utriusq; præjudicium damnumve præcaveatur, *l.1.ff.si quis caution.Molin.ad consuet. Paris.t.2.§.52.gl.1. n.183.* & manifeste patet ex *l. à Divo*

 Pio,

Pio §. in venditione ff. de re judic. ubi à mobilib9 initium esse faciendum perhibetur, non alia de caussa, quã quod ea minore debitoris damno capi distrahiq; possunt, quam immobilia: citius etiam & facilius emtoris inveniunt, quam res soli. proinde citius & facilius etiam creditores inde solutionem consequuntur, ut notat post alios *Coler. de process. exec. p. 3. c. 9. n. 29.* At parti utriq; videtur expedire, ut executio fiat potius in alia bona, quam in feudum: siquidem illa distrahi possunt, deq; pretio creditoribus potius in solidũ potest satisfieri: possunt etiã creditores illa in solutum accipere, eaq; ratione fructus lucrari jure dominij, *l. qui scit, ff. de usur.* cum è diuerso feudi, quod alienari nequit, fructus imputentur in sortem, eamq; minuant, nec simul & semel, sed per intervalla demum percipiantur, eoq; particulares, imo etiam tardiores admitti solutiones necesse sit: debitori autẽ prodest, potius aliorum bonorum distractione vel in solutum datione satisfieri creditoribus, quã pati, eos in feudo tamdiu versari, eoq; utifrui, donec plenam ij consequantur satisfactionem. Deniq; pro regula traditum repetitur, non nisi in subsidium sive propter inopiam debitoris executionẽ fieri debere in commoditates reditusq; juris, quod a persona debitoris, executione mediante divelli nequit, *Angel. in l. pro herede, §. si quid tamen, ubi Alex. n. 7. & alij, ff. de acquir. hered. Hartm. Pist. l. 1. q. 15. nu. 7. nec obscure liquet ex l. à divo Pio. §. sic quoq; & ibi not. per Dd. ff. de re judic.* Si jus operarũ à liberto exhibendarum duntaxat patrono competere solet, *l. si non sortẽ, §. libertus. ff. de condic. indeb.* Eas igitur à liberto debitoris creditores non nisi deficientib. alijs bonis exigere possunt, *l. pro herede, §. si quid tamen, ff. ubi gl. Bart. n. 3. cæterisq. Dd. ff. de acquir. hared.* Ita demum in subsidiũ contra clericũ alijs bonis destitutum executio fit in fructibus sive reditibus beneficij ecclesiastici, quod ipsi per executionem auferri nec potest, nec debet, *c. 2. ubi Dd. de fidejuss. Dd. in c. 1. de appell. & in l. commodis. ff. de re judic. nec non in d. l. stipendia, C. de exec. rei jud. Marant de ord. jud. p. 6. sub rub. de execut. num. 44.* communem *dicens. Gail. lib. 1. obs. 117. n. 8.* Proinde cum utile feudi dominium ita sit obligationi personali, qua vasallus ad servitia tenetur, annexum, ut a persona vasalli nõ magis, quam ipsamet obligatio separari posse videatur, *Hartm. Pist. & per eum allegati lib. 1. q. 15. n. 6.* consequitur, non nisi deficientibus alijs bonis executionẽ in feudum fieri posse. Nec † refert in proposito, 13 utrum bona hæreditaria sufficiant solutioni æris alieni, an non? cum etiamsi non sufficiant lia, tamen in feudum nequeat executio fieri, quando hæres habet alia bona allodialia, quibus distractis æs alienum solvi queat, siquidem Dd. allegati simpliciter & indistincte loquuntur, nec minus tali casu, quam cum bona sufficiunt hæreditaria, rationes adductæ sibi locum vendicant. Veruntamen quoniam executionis gratia bona hæredis propria capiuntur ad evitandam imminutionem in feudum, planum est, eo casu, quo inventarij confectio relevat hæredem, ne quid e feudo solvere teneatur, non magis in propria hæredis bona, quam in feudum executionem fieri posse vel debere, sed hæreditarijs bonis creditores contentos esse oportere, *l. ult. §. & si præfatam, C. de jure delib.* Tandem nec ambigendum, limitationem nostram tam in feudo hæreditario, quam non hæreditario procedere, id quod allatæ rationes utrobique militantes evidenter evincunt, & sentiunt interpretes antea relati, vel in genere de feudo loquentes, vel nominatim etiã de feudo hæreditario agentes, *ut Brun. Capic. & Camer. loc. rel.*

Limit. III. Cũ feudi successor confecto inventario hæreditatem defuncti adivit, non tenetur ultra vires hæreditarias ex feudo quicquam solvere, *Dd. in c. 1. en agnat. vel fil. per l. ult. C. de jure delib.* Sed hic distinguendum inter feudum hæreditarium, & non hæreditarium. Quod † enim hæreditarium 14 feudum attinet, etsi confectione inventarij relevari hæredẽ, ne quicquã ex eo creditoribus solvere teneatur,

multi

multi statuant, quos longa serie re-
censent *Hart. Pist. lib. 2. q. 1. n. 53. & q. 14. n. 24. & 25. Schrad. de feud. p. 7. c. 7. n. 36. vers. quamvis*: tamen cum hæredi-
tarium feudum, prout communiter
ab interpretibus accipitur, quo ad
successionem & successorum præjudi-
cium rebus hæreditariis accenseatur,
& in hæreditate ipsa computetur atq;
contineatur, adeoq; in eo succedatur
hæreditario jure, ut supra ampliatio-
ne secunda deductum, contraria sen-
tentia, nempe, defuncti æs alienum
ex huiusmodi feudo solvendum esse,
licet hæres inventarium confecerit;
verior est, prout etiam crebrior sive
receptior, *ut patet ex allegatis per Pinell. in l. 1. p. 3. n. 93. vers. ex iis patet, Hartm. Pist. lib. 2. q. 1. n. 73. & q. 14. nu. 43. Panorol. consil. 117. n. 15. Vinc. de Franch. p. 1. decis. 1. n. 34. Jo. Tho de Marin. de gener. & qual. feud. t. 5. de feud. hæred. n. 39. Vultei. li. 1. de feud. c. 9. n. 115. vers. sane.* Quod
15 † si debita defuncti superent hæredi-
tatem, feudumq; sub ea contentum,
dubium non est, quin ob confectum
Inventarium relevetur hæres, ne te-
neatur ultra, quam sit in hæreditate,
feudoq;, neve quicquam è propriis
bonis teneatur solvere defuncti cre-
ditoribus, *Camer. in c. 1. q. 8. n. 54. an agnat. & in d. c. imperialem, in pr. nc. tertia conc. princ. p. 142. vers. unum non omittam, Lofred. consil. 46. concl. 2. n. 16. & seq. Joa. Tho. de Marin. t. 6. de feud. hered. antiq. n. 8. Hartm. Pist. li. 2. q. 14. num. 44. Vincent. de Franch. p. 1. decis. 1. num. 34.*
cum inventarii beneficium hunc in-
ter cæteros producat effectum, ne de-
functi & hæredis patrimonia confun-
dantur, *l. ult. §. in computatione, ubi Dd. C. de jure delib. Anton. Fab. de error. pragm. decad. 2. err. 2. vers. etsi nam q.*
16 At † ex feudo non hæreditario,
siquidem agnatus cum invẽtarii be-
neficio adierit, creditoribus defun-
cti nihil esse soluendum, extra con-
troversiam est, Dd. communiter *in d. c. 1. an agnat. Marun. de ord. judic. p. 6. sub rub. de executione, n. 50. Capic. decis. 199. n. 3. 4. & complures allegati à Pinello d. l. 1. p. 3. n. 93.* Tale namq; feudum est
ab hæreditate plane diversum & sepa-
ratum, idq; potuit agnatus repudia-
ta defuncti hæreditate solũ consequi:
proinde cum inventariũ relevet ad-
euntem, ne teneatur ultra vires hære-
ditarias, liquido patet, hæredẽ non
magis ex feudo, quam ex reliquo pa-
trimonio suo, æs alienũ defuncti sol-
vere teneri, *l. ult. §. & si præfatam, vers. & nihil ex sua, C. de jure delib.* Rursus
inventarium actiones & jura univer-
sa hæredi competentia conservat in-
tegra & illibata, reducitq; caussam in
eum statum, in quo esset, si quis hære-
ditatem non adiuisset, *d. l. ult. §. in computatione, ubi glos. & Dd.* Non magis i-
gitur agnatus inventarium confici-
ens solvere quicquam tenebitur, quã
si hæres factus no esset, inq; feudo so-
lo successisset. Filius † autem etsi tale 17
feudum sine patris hæreditate conse-
qui nequeat, ei tamen æque prodesse
inventarii confectionem, ut præsta-
tione bonorum hæreditariorum, licet
minus sufficientium penitus desinat
esse obnoxius creditoribus paternis,
nec quicquam è feudo solvere tenea-
tur, communiter Dd nostri statuunt
in d. c. 1. Andr. de Isern. in c. 1. in fi. qui succ. tenea. Mart. Laud. in c. Titius, n. 15. 16. si de feudo defunc. Ja. ob. de S. Georg. verb. ita quod ipsi investiti, n. 8. Zas. de feud. p. 8. nu. 10. Maran. disput. 10. n. 4. Covarr. lib. 2. variar. resolut. c. 18. n. 4. vers. octavo infertur. Clar. §. feudum, q. 43. n. 2. Camer. in rep. d. c. imperialem, §. præterea ducatus, v. quartum argumentum, pag. 817. Thom. de Mar. de gen. & qual. feud. t. 1. de feud. ex pacto & provid. n. 33. & seqq. Vincent. de Franch. p. 3. decis. 525. n. 9. Moz. de feud. sub rub. de naturalib. feudor. n. 71. vers. septima. Arius Pinell. & per eum allegati in repet. l. 1. p. 3. n. 93. C. de bonis mater. Probatur hæc sẽ-
tentia per *l. ult. C. de jure delib.* cui quo-
niam casu nostro derogatũ jure feu-
dorum non reperitur, ei non imme-
rito standum fuerit, *secundum not. in l. 1. ff. de R. I.* vel eo magis, cum sit notis-
simi juris, ea quæ per leges feudales
expresse decisa no sunt, relinqui dis-
positioni juris communis, *c. 1. ubi Dd. de feudi cognit.* jusq; feudorum stricte
sit interpretandum, *gl. in c. 1. v. secundum quosdam, de natura suc. feud. Roman.*

con∫.1.n.3. Crav. & per eũ allegati conſ.606.n.2. vol. 4. præſertim ſi alioqui juris communis correctio vel derogatio inde ſequeretur, quę vitanda, quantũ fieri poteſt, *c. cũ dilectus, de conſuet. c. ut expediat, de elect. in 6. l. 2. & ibid. not. per Dd. C. de noxal.* Quod ſi rationẽ quæras, ideo filiũ in feudo ſucceſſurum patris hæredẽ eſſe neceſſe eſt, ne pater, ſi nullus ei hæres exiſtat, ignominia poſt obitum afficiatur, ſed a filio hæreditatẽ ſoluendo non exiſtentẽ ſuſcipiente honoretur. Proinde cum abunde conſulatur famæ defuncti, dũ filius ei hæres exiſtit, *§. 1. inſt. qui & quib. ex cauſſ. l. & quia, ff. de interrog. §. 1. in inſt. de hæred. qual. & diff.* utiq; filio debebit eſſe permiſſum, ut inventarij cõfectione mediante proſpiciat indẽnitati ſuæ, feudũq; ſub hæreditate defuncti minime contentum, ſed plane diverſum atq; ſeparatum, ab hæreditarijs onerib. immune cõſeruet. Huc apprime facit, quod in titul. de legitima traditũ reperitur, in qua filius à patre nequit onerari, *l. quoniam in prioribus. C. de inoff. teſta.* nec proprie ſive revera eſt hæres patris, cum in ea ſolum patri ſuccedit, *gl. in l. cu à matre, C. de rei vend. Angel. in §. 1. n. 2. in auth. de triente & ſemiſ. Salic. in l. ſcimus, C. de inoff. teſta. Gail. li. 2. obſeru. 120. n. 4. Anto. Fab. de error. pragm. dec. 14. err. 6. Craſſ. § hæreditas, q. 8. n. 1.* communem *dicens*: Si tamẽ ultra legitimã inſtituatur, nõ poteſt hæreditatẽ repudiare, & legitimam retinere, ſecundum communẽ Dd. ſententiã, de qua teſtantur relati *à Pancir. conſ. 56. n. 2. 3. Craſſ. § legitima, q. 1. n. 4.* nihilominus invẽtarij confectione ſeſe poteſt indemnẽ ſeruare, ac liberare, ne ſi ære alieno debitaq; ſibi legitima deductis tantum non ſi petit, quod legatorum & fideicommiſſorũ ſolutioni ſufficiat, ipſe quicquã ultra id, quod in hæreditate remanet, ſoluere teneatur, *l. ult. C. de jure delib. Camerar. in rep. d. c. imperialẽ, §. præterea ducatus, verſ. quartũ argumentum, p. 817.* cum alioqui inuentario nõ confecto teneatur ad legata (per legitimã tamẽ diminuta) præſtanda etiã quatenus excedunt id, quod in hæreditate ſupereſt, *Br. poſt antiquiores in auth. ſed cum teſtator. n. 11. & ibid. reliqui, C. ad leg. Falcid. Couar. in c. ſi hæredes, n. 9. dicens hoc cæteros frequentiſſime ſequi, de teſtam. Craſſ. d. §. legitima, q. 45. n. 2.*

12 Verũ † ut ut hæc ſeſe habeant, contraria tamẽ ſententia, nẽpe filium, licet inventariũ confecerit, non ſufficientibus hæreditarijs bonis è feudo æs alienum defuncti ſolvere teneri, juri magis eſſe conſentanea videtur, quam electoralis etiam conſtitutio Saxonica *47. p. 2.* approbaſſe videtur, tenentq; *Franciſ. . . . de feud. p. 9. in fi. Loriot. in tit. de ſucceſſ. feudi Hanneton. de feud. li. 2. c. 6. in fi. Minſ. cent. 3. obſ. 67. in fi. qui paulo ante ſubſcripſerat priori, Hart. Piſt. l. 2. q. 2. num. 45. 46.* qui fundamentis aliquot eandẽ erudite tuetur. His addi poteſt, quod poſt introductum a Juſtiniano beneficium inventarij cœpit rarius evenire, ut liberi parentũ hæreditatẽ repudient. Sive enim deducto ære alieno quid reſiduum ſit futurum, quod ipſorum lucro cedere poſsit, non facile dimittunt eã, avide potius amplectuntur, *l. cũ de indebito, verſ. qui enim, ff. de probat.* Sive damnoſa, ne tũ quidẽ abſtinent, poſtquã uſurpato inventarij beneficio ſic patris hæredes eſſe poſſ ſit, ut pro eo nihil de ſuo ſolvere teneatur. At leges ferri debent ſuper his, quæ frequenter aut plerunq;, nõ quæ rarius eveniunt, *l. iura, cum ll. ſeqq. ff. de legib.* multoq; minus cõſuetudines, quibus liber feudorũ exceptis imperialib. cõſtitutionibus unice conſtat, ſuper raro contingentibus induci ſolent, *l. nam ad ea ff. de legib. l. 1. C. quæ ſit longa conſuet.* Quorſum vero tam gravẽ amittendi feudi pœnã filio hæreditatẽ non ſuſcipienti ius feudorum impoſuiſſet, niſi creditorib. proſpicere voluiſſet, ut ij vel è feudo ſolutionẽ conſequantur. Non enim ad ea, quæ quis alioqui non facile detrectare conſuevit, ut eſt hæreditatis ſuſceptio cũ inventarij confectione, ſub cõminatione pœnæ graviſſimæ cõpelli ſolet. Quod ſi facto inventario filius feudũ ab oneribus hæreditariis immune retineret, nullũ in effectu diſcrimẽ eſſet inter agnatum & filiũ, quippe utroq; defuncti creditorib. hæreditaria bona permittẽte, feudumq; immune retinente: cum tamen inter eos diſcrimen eſſe maximũ innuat *tex. d. c. 1. an agna. & c. filius, de capit. qui cur. vendi.* nec ſit opinandum, legem eſſe verbis potius, quã rebus ipſis impoſitã, *l. 2. in fi. C. comm. de legat.* Præterea cũ in *d. c. 1.* dicatur, agnatum, quia poteſt hæreditatem repudiare, nihil de debito hæreditario feudi nomine, ſive, ut alij codices habent, propter feudũ ſolvere teneri, nõ obſcure denotatur, in caſu cõtrario, cũ hæreditas abſq; feudo repudiari nequit, aliquidetiã de de-

tito,

bito hæreditario solvendum esse feudi nomine, sive propter feudum, ac proinde feudum non omnino liberũ esse ab æris alieni dissolutione: vel eo magis, cum alioqui frustra feudum hæreditati tam arcte fuisset annexũ, ut illud sine hac filius retinere nec possit nec debeat, nisi consuetudo etiam quodammodo propter feudum creditoribus eum reddidisset obnoxium. Deniq; discriminis inter filium & agnatum ratio cæteris probabilior ea videtur, quod filius ne dum quidem ad feudum antiquum, ne dum novum pervenire potest, nisi mediante persona patris: id quod inde liquido patet, quod etsi feudum antiquum ex pacto primi acquirentis & providentia concedentis filius obtinere videatur, nisi tamen ex persona sui patris feudum à communi parente quæsitum legitime præ cœteris agnatis adipiscentis, idq; post obitum ad suos descendentes transmittentis veniret, agnatus primo acquirenti propior eum excluderet: cum è diverso agnatus non ex defuncti persona, sed ex investitura antecessorum, qua fuit compræhensus, feudum consequatur, *Gujac. in d. c. 1. & ibid. Hotom. an agnat. Idē Hotom. in disput. feud. c. 19. Sylvan. consil. 30. Hartm. Pisto. lib. 2. q. 2. n. 27. & 39. Vultei. de feud. lib. 1. c. 9. n. 114.* Sicut igitur agnatus, quoniam ex persona defuncti vasalli lucrum nullũ capit, hæreditatē adire, factumq; defuncti præstare minime tenetur, *d. c. 1. an agnat.* ac si maxime adeat hæreditatē, inventarij beneficio indēnis remanere potest: ita cum filius feudum, quantumvis antiquũ patri vel maxime acceptũ ferre teneatur, lucrumq; longe maximum ex persona ipsius consequatur, vicissim ratio juris exigit, ut cum inventarij confectio neutiquam relevet, quo minus factum defuncti æs alienum, cui solvendo hæreditaria bona non sufficiunt, contrahentis præstare, & è feudo solvere teneatur, *l. ex qua persona, ff. de reg. jur.* Non enim inventarium efficit, ut in præjudicium creditorum quidpiam lucrari possit hæres, verum ne damnum incurrat, neve quid ex substantia sua amittat, *l. ult. §. & si præfatam, C. de jure delib.* Non † obstat, quod in *d. c. 1. an* 19
agnat. aut alibi regulæ *d. l. ult.* nominatim derogatum haud reperiatur, siquidem attenta intentione & genuina *d. c. 1.* sententia, quæ potissimum in consideratione haberi debet, defectumq; verborum abunde supplet, *l. sed celsus, §. 1. vers. in emtis, ff. de contrah. emt. l. in conventionib. ff. de verb. signif. juncta l. scire, ff. de legibus.* manifestum est, ideo consuetudinem illam, qua necessitas suscipiendi hæreditatem filio feudum consequi cupienti imponitur, introductam esse, ut creditoribus defuncti ultra vires hæreditarias de fructibus feudi satisfacere cogatur, ut clare patet ex contextu, *ibi: nec de debito hæreditario aliquid feudi nomine solvere cogatur*, & ibi, *nullo onere hæreditario imminente*, a contrario sensu: id quoniam impedire, impuneq; eludere liceret, si filius inventarij confectione posset efficere, ne quicquam feudi nomine de debito hæreditario solvere teneatur, admittatur oportet, hanc consuetudinem ex consequenti necessario simul derogasse juri communi in eo, ne inventarij confectio prosit ad evitandũ onus æris alieni ultra vires hæreditarias è feudo solvendi. Nec inficiamur, jus feudorum stricte interpretandum, & correctionem sive derogationem esse vitandam: Sed hactenus id obtinet, nisi contrarium suadeant verba, à quibus haud recedendum, *l. non aliter, ff. de legat. 3.* aut sententia, quæ præ verbis attendenda, *l. scire, ff. de legib. cum simil.* Famæ verò defuncti parum recte cōsulitur, si filius inventarij beneficio velit uti, ne quid è feudo solvere cogatur, cum existimatio non tantum lædatur, si bona ipsius nomine sub hasta distrahantur, quantum læditur eo ipso, quod contra fidem à defuncto datam fraudantur creditores, damnoq; longe maximo afficiuntur, dum hæres è feudo cum hæreditate ad ipsum devoluto solvere detrectat, quod solvere

nequit hæreditas. Imo probrosam esse defuncto confectionem inuentarij, asserit *gl.latin.art.6.lit.b.* Landr.*lib.1.* Simile vero de legitima parum quadrat, cum legitimæ non sit locus, nisi deducto ære alieno quid in hæreditate supersit, *l.Papinianus,§ quarta autem, ff.de inoff.testam.* nec relevet filium ultra legitimam institutum inventarij confectio nisi contra legatarios & fideicō-
20 missarios. Atqui † communem etiam sententiam arbitror ita sustineri posse, ut inventarij confectio prosit, ne ultra vires hæreditarias legata & fideicommissa è feudo solvere teneatur: Tum 1. quia tantum abest, jure communi legata & fideicommissa, quatenus vires hæreditatis excedunt, deberi, ut eis etiam Falcidiam & Trebellianicā detrahere liceat, *l.in impensa, l. irritum, C.ad leg.Falcid.* Ac licet Iustinianus constituerit, ut hæres non faciens inventarium legata & fideicommissa ultra vires hæreditarias in solidum præstare teneatur, tamē id contra regulam juris communis duntaxat in pœnam non facientis inventarium constituit, *§.si vero non fe.erit, in auth.de hered.& Falcid.* Proinde licet in *d.c.1.an agnat.* filio imponatur in eum finem necessitas suscipiendi hæreditatem cū feudo, ut æs defuncti alienum, quatenus hæreditaria bona non sufficiunt, è feudo solvat, quia tamen in eo nequaquam filio adimitur facultas per inventarij confectionē sese liberandi à pœna & eo, ad quod præstandum alioqui ne jure quidē communi astringeretur, & feudum, de quo loquimur, per sese nihil cū hæreditate commune haber, consequitur, ei permissum esse, inventarij confectione præcavere, ne quid legatarijs aut fideicommissariis in subsidium e feudo soluere cogatur. Tum 2. quia si filius ne quidem in ventarij beneficio releuaretur, quo minus legatarijs & fideicommissariis ultra vires hæreditarias satisfacere cogatur, per indirectum parti permitteretur, quod ei reperitur directo prohibitum, quippe cum jus feudorū apertis verbis disponat, ne quidem inter filios ullam defuncti ordinationem in feudo valere, *c.1.de success.feudi.* Tum 3. quia defunctus vasallus legatarijs & fideicommissarijs neutiquā fuit obstrictus: hæres autem licet suscipiendo hæreditatem, cum eis quasi contraxerit, *l.apud Iulian.in fi.cum l.seq.ff.quib.ex causs. in poss. eat.§.heres, inst.de oblig.quæ quasi ex contr. nasc.* non tamen per illum quasi contractū sese obligauit ad plus præstandum, quam erit in hæreditate post deductionem æris alieni, portionisq; sibi debitæ, *l.dotale, §.si uxore, ff. de fundo dot. l.in impon. l.irritum, C.ad legem Falcid. cum simil.* uti nec plus eum defunctus onerare potuit, *l.civitatib.§.ult.ff. de legat.1.l.in ratione, §quod vulgo, vers. nec ad rem, ff.ad leg.Falcid. l quoniam in priorib. C.de inoff. testam.* Proinde nisi spernendo beneficium inuentarij pœnam lege Iustinianæa præstitutam incurrerit, nihil e feudo legatarijs aut fideicommissarijs præstare tenebitur. Nec obierit regula *l.ex qua persona, ff.de reg.jur.* si quidem lucri perceptio non obligat successorem ad factum defuncti præstandum, nisi quatenus concurrit juris dispositio: id quod vel inde patet, quia legitimā & Falcidiam a defuncto consequitur hæres titulo lucrativo, nec tamen legata vel fideicommissa præstare tenetur in solidū, sed liberantur præstando residuū hæreditatis emolumentum, *d.l.in impon. d. l. irritum.* Proinde licet filius feudū patri quoq; ferat acceptum, quia tamen eum lex non astringit, ut ultra vires hæreditatis, cui minime feudum inest, legata & fideicommissa præstet, nisi spreverit beneficium inventarij, *§. si vero non fecerit, in auth.de hered.Falcid.* utiq; feudū præstationi legatorum aut fideicommissorum nullatenus erit obnoxium.

Porro † quoniam suscipiens hæredita- 21
tem absq; beneficio inventarij Saxonico jure non tenetur ultra vires hæreditarias, *art. 6.ubi gl.* Landr.*lib.1. VVes. post alios in parat.ff.de jure delib. n.6. Hart. Pist.l.2 q.2.n.44.* sequitur ex prædictis, filium etiam si non fecerit inuentariū, è feudo, quippe ab hæreditate plane diverso, legata vel fideicōmissa, quorum

rum

rum solutioni bona hæreditaria non
sufficiunt, solvere jure Saxonico mini-
me teneri, *per. tex. d. art. 6.*

Cœterum quia sæpius evenit, ut
feudum quoq; nouum ad agnatos de-
voluatur, puta, si primus, qui feudum
pro se suisq; descendentibus masculis
& agnatis acquisivit, sine mascula
prole decesserit, quæstionis est, quid
22 eo casu juris? Verius † arbitror agna-
ti conditionẽ in tali feudo non posse
meliorem esse, quam filij: Proinde si-
cut filius, si quem primus acquirens re
liquisset, non posset hæreditatẽ repu-
diare, feudumq; retinere siue conse-
qui, *d. c. 1 an agnat.* ita nec agnatus, *ut re-
ctè post alios notarunt Clarus §. feudum, q. 76
vers. aut ergo feudum, Moz. de feud. sub. t. de
naturalib. feud. n. 71 vers sed in feudo nouo.
Vulteius lib. 1. de feud. c. 9. n. 114. vers. ex quib.
& illud, Borcholt de feud. c. 7. n. 94.* satisq;
patet è textu *d. c. 1. an agnat.* ubi nomi-
natim addita repetiuntur verba, *si pa-
ternũ fuerit*: quæ superflua forent ni-
hilq; operarentur, nisi adjecta essent
ad excludendum feudũ novum ad a-
gnatos devolutũ, siquidẽ aliàs per sese
constat, agnatos in feudo non succe-
dere decedenti sine prole mascula, ni-
si feudũ sit antiquum sive paternum,
c. 1. de benef. frat. cum concor. Quare cum
d. c. 1. ita demum permittat agnato fa-
cultatem retinendi feudum hæredita-
te repudiata, si paternum fuerit, neces
sario sequitur, agnatum repudiata de-
functi hæreditate feudum, si non sit
paternum, sed novum, retinere mini-
me posse. Deinde ratio, cur agnato
feudũ antiquum repudiata defuncti
hæreditate retinere licet, non est alia,
quam quia feudum non ex persona
defuncti, vel ipsius beneficio, sed ex
investitura antecessorum pactoq; pri-
mi acquirentis consequitur, *ut notant
omnes, in d. c. 1. an agna.* Cessat hæc in feu-
do novo: proinde cessabit etiam in eo
dispositio *d. c. 1. in princ.* Rursus ideo fi-
lius repudiata hæreditate feudũ licet
antiquum retinere nequit, quia patri
fert illud acceptum, idq; mediante per-
sona patris, & ipsius beneficio conse-
quitur, ut supra dictum: militat eadem
ratio in agnato, qui feudum novum
primo acquirenti, cui succedit, fert ac-
ceptũ, idq; ipsius beneficio adipiscitur:
Proinde jus idẽ in eo debebit obtine-
re, *l. illud, ff. ad leg. Aquil.* Deniq; in feudo
novo tam agnatis quã filiis acquiren-
tem præjudicare posse, constat ex his,
quæ post alios late tradunt *Toming. de-
cis. 23. & Hart. Pist. lib. 2. q. 4. maxime n. 80.*
ut proinde vel hac de caussa non ma-
gis agnato, quam filio licere debe-
at repudiare hæreditatem defuncti si-
bi delatam, & retinere feudum novũ.
Quæ † cũ ita sese habeant, & secundũ 23
veriorem sententiam antea compro-
batam filio no prosit inventarij con-
fectio, quo minus in defectu bonorũ
hæreditariorum teneatur æs alienum
defuncti e feudo solvere, ita cum ra-
tiones eædẽ in agnato feudi novi re-
tinendi sive consequendi gratia hære-
ditatem adeunte peræque sibi locum
vendicent, sequitur, ei quoq; confe-
ctionem inventarij prodesse vix posse
ad effugiendum onus æris alieni in de-
fectu bonorum hæreditariorum è
feudo novo solvendi, *ut sensit præ cæte-
ris Ioan. Thom. de Marin. de gener. & qual.
feud. t. 3. de feud. ex pa. & provid. novo, n.
18. & t. 5. de f. ua. hæred. n. 30.*

Limit. IV. Nam si feudi succes-
sor non solus defuncti sit hæres, sed
alij cum eo, pro ea tantum portione,
qua hæres est, creditoribus defuncti
tenetur, *l. 1. C si cert. petat. l. pro hæredita-
riis, C. de hæredit. action. l. si uxor, C de bon.
aut. iudic. possid. l. ab quidem, C. de anno. &
trib. li. 10. l. in executione, § prima species,
ff. de verb. oblig. cum simil.* Sed quoni-
am non satis expeditum, an & qua-
tenus tali casu creditoribus è feudo
satisfacere teneatur, distinguendum
fuerit inter feudum hæreditarium
& non hæreditarium. Nam si † feu- 24
dum sit hæreditarium, dubium non
est, quin suam portionem in defe-
ctu bonorum allodialium e feudo sol-
vere teneatur, *per notata superius am-
pli. 2.* Idq; verum, etiamsi cohæredibus
æro alieno, quod ipsorum portioni-
bus pro rata obvenit, soluto, bona
quæpiam ex hæreditate sint residua:

Quamvis enim duntaxat in subsidium, sive in defectu aliorum bonorum hæreditariorum executio fieri debeat in feudum hæreditarium, non tamen hoc ita fuerit accipiendum, quasi tum demum veniendum ad feudum, quando super omnibus bonis hæreditarijs est facta discussio contra alios hæredes, sed intelligendum de bonis, quæ ultra feudum hæreditarium successor habet. Etenim si considerentur secundæ limitationis rationes, nihil amplius evincunt, quam omittendam esse immissionem in feudum, quando potest alijs in bonis adversus hæredem in feudo succedentem executio fieri: At casu nostro nequit in alijs bonis adversus eum executio fieri, cum præsupponatur, allodialia, quæ ultra feudum ex hæreditate defuncti consecutus est, aut aliunde habuit, non sufficere solutioni portionis æris alieni, quam agnoscere tenetur. Quare nihil obstat, quo minus eo non solvente creditores immittantur in feudum. Deinde cum cohæredes, qui pro rata sua solverunt, nihil creditoribus debeant, & bona, quæ apud illos remanserunt, pro residua æris alieni portione à feudi successore solvenda neutiquam his obligata sint, nullo jure petere vel impetrare possunt creditores, ut pro eo, quod hæreditarij feudi successor nondum solvit, executio fiat in aliorum bona, quantumvis ex hæreditate defuncti provenientia, siquidem ratio juris neutiquã admittit, ut unus quidem sit debitor, alius autem pro eo exigatur, *tex. in auth. ut non fiant pignor. pro alijs l. Providendum, C. de decur. lib. 10.* nec legibus modo, sed & æquitati naturali repugnat, pro alterius debitis alterum immerentem suis privare bonis, *c. 1. de injur. & dam. dat. in 6. lib. nullam C. de execut. & exact. lib. 12. l. hac definitione, C. de omni agro deser. li. 11. l. un. C. ut nullus ex vic. li. 11. toto tit. C. ne uxor pro mar. & C. ne filius pro patre.* Præterea dubium non est, eum qui tantum ex hæreditate recepit, quantum consequi debebat, indeq; pro rata sua satisfacere potest creditoribus contra ipsum experientibus, non habere regressum contra cohæredes, etiamsi cautiones propter actiones pro rata contra quemlibet hæredem competentas forent interpositæ, *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & toto tit. ff. si cui plus quam per leg. Falcid.* Idipsum evenit in proposito, ubi feudum non minus est res hæreditaria, quam allodialia a defuncto relicta, feudiq; successor tantum accepit, quantum ex hæreditate consequi debuit, & indefectu suorum allodialium abunde potest e feudo portionem æris alieni sibi incumbentem solvere. Proinde nec ipse regressum contra cohæredes habere, multoq; minus pro illius debito contra hos executio fieri poterit. Quid quod æs alienum inter hæredes pro portionibus hæreditarijs ipso jure dividitur, *l. 2. C. de hæred. act. l. pacto successorum, C. de pact. l. ea quæ, C. famil. hercisc. Dd. in l. 2. §. 1. & 2. ff. de verb. oblig. Donel. in l. quidam existimaverunt, n. 17. ff. si cert. pet. Ioan Ronchegall. in l. eandem, in princ. num. 265. ff. de duob reis,* usq; adeo, ut etiamsi unus eorum desinat esse solvendo prius quam exigatur, non tamen alij cohæredes pro ipsius parte teneantur, *secundum Angel. consil. 230. Francisc. Aret. in l. 2. §. & harum, num. 7. ff. de verb. oblig. Anton. Gomez. to. 2. variar. resolut. c. 10. de individ. n. 4. per tex. notabilem in l. 2. C. si plures una sententia, & l. legatorum petitio, in princ. ff. de legat. 2. & arg. l. ult. C. depos. l. Lucius, ff. famil. hercisc. l. si Titius, ff. pro soc. l. in nave Saufeij, ff. locati.* Quanto minus igitur tunc, quando qui nondum solvit portionem suam, si non aliunde, saltem è feudo hæreditario solvere potest, contra cohæredes, qui pro portionibus eos attinentibus solverunt, poterit executio fieri in bona ex hæreditate penes ipsos remanentia, *d. l. pacto successorum, juncta d. l. 2. C. si plures una sint.*

Id† porro magis dubium, an feu- 25
di successor teneatur ad æs alienum solummodo pro rata allodialium sibi ex hæreditate obvenientium, an vero

insu-

Inſuper etiam feudi ratione contribue-
re, tantoq; maiorem æris alieni por-
tionem agnoſcere debeat, quanto plus
conſequitur ex defuncti hæreditate,
cui feudum quoq; computatur, ſiue in-
eſſe dignoſcitur? Quod enim feudi no-
mine contribuere nihil debeat, aſſerit
*Affl̄ict. in c. imperialem, §. præterea ducatus,
n. 34. de prohib. feu. alie. per Frid. idemq; ſen-
ſit Carol. Molin. ad conſuet. Paris. t. 1. §. 11. n.
8. & 9. & §. 16. n. 14.* & illa potiſsimum
ſuadet ratio, quia feudum, quod unus
hæredum ſolus adipiſcitur, hæredita-
riæ bonorum allodialium portioni, quā
ab inteſtato vel ex teſtamento defun-
cti conſequitur, non ineſt, nec certam
hæreditatis quotam conſtituit, cum ta-
men certiſsimi ſit juris, eos tantummo-
do, qui in hæreditatis parte quota ſuc-
cedunt, omnibus hæreditariis actioni-
bus conueniri, nec occaſione hæredum
certe rei ſive rerum, prout feudum eſſe
dignoſcitur, aliquam earundem actio-
num diminutionem fieri poſſe, *l. quoties,
ubi Dd. C. de hæred. inſt.* Deinde feudum
licet hæreditarium conſequitur ſucceſ-
ſor ex pacto anteceſſorum, *c. 1. ibi, per
inveſtituram, de feudo March.* & inueſti-
tura, qua fuit compræhenſus, quave
proviſum, ut post mortem inveſti-
ti ad hæredes eius feudi capaces tranſi-
ret illud, nonnunquam etiam vi con-
ſuetudinis primogenitum forte ſolum
admittentis. Quo fit, ut feudum etiam
hæreditarium ut æris alieni loco, *l. irri-
tum, C. ad legem Falcid. l. cum pater, §. Titio,
ff. de lega. 2. l. in ratione, §. quod vulgo, ff. ad
legem Falcid.* & conſequenter hujus feu-
di nomine contribuere nil debebit ſuc-
ceſſor ad ſolutionem æris alieni, præ-
ſertim cum ratione utilis dominij poſt
mortem vaſalli ſibi ex inueſtitura in
feudo competentis prærogativam præ
cæteris creditoribus habere videatur,
*l. ſi ven. ri, §. in bonis, verſ. ſi tamen, ff. de pri-
vil. cred. t. Bald. in l. in reb. n. 1. 2. C. de jure
dot. Gail. lib. 2. obſeru. 15. n. 4.* Rurſus feudū
ſucceſſor adipiſcitur oneroſo titulo, cū
propterea domino ſit obligatus ad fi-
delitatem & ſervitia præſtanda *c. 1. de
fer. ſi ſcelit. c. 1. in fi. in quib. cauſſ. feud. amitt.*
Proinde cum illud ex hæreditate defun
cti non lucretur, proq; parte, qua hæ-
res eſt bonorum allodialium, onus æris
alieni non recuſet, iniquum fuerit, eum
feudi nomine cogi quicquam contri-
buere, præſertim cum ipſe de damno,
quod in bonis feudalibus oneroſo titu-
lo quæſitis alioqui ſuſtinere cogere-
tur, vitando, cohæredes autem de lu-
cro captando certent, quippe qui tanto
minorē æris alieni portionem agnoſce-
re tenerentur, quanto plus ratione feu-
di ſucceſſor illius cōtribuere cogeretur:
cum tamen certantis de damno vitan-
do cauſſa ſit longe potior & favorabili-
or, quā lucrum captantis, *l. ult. §. licentia,
C. de jure delib. l. quod autem § ſi quid, ff. quæ
in fraud. credit.* Deniq; ſi contra defun-
ctum creditores egiſſent, nihil è feudo
peti, nec in id immiſſio fieri potuiſſet, ni-
ſi in defectu bonorū allodialium. Idem
igitur in hæredibus obſervandum, ſi-
quidem hæredes eiuſdem poteſtatis ju-
riſq; eſſe, cujus fuit defunctus, conſtat,
l. hæredem, ff. de R. I. At in propoſito allo-
dialia bona æs alienum ſuperant, certe
ei ſolvendo ſufficiunt abunde. Quocir-
ca nihil e feudo peti debebit aut pote-
rit. Sed verius arbitror, etiam feudi
ratione cōtribuendum, tantoq; majorē
æris alieni portionem à feudi ſucceſ-
ſore agnoſcendā eſſe, quanto plus præ
alijs ex hæreditate feudo computato
percipit, prout etiam cenſuit *Capic. deciſ.
198. n. 3. & ſeqq. referens aliquoties ita fuiſſe
iudicatum: idemq; teſtatur & approbat Vin-
cent. de Franch. p. 1. deciſ. 1. n. 24. & 48. & de-
ciſ. 150. n. 1. Senſit etiam Ioan. Circerus de pri-
mogenit. lib. 2. q. 5. Tiraq. de jure primogen. q.
31. n. 27. 28.* & probatur evidenter ex eo,
quia cōſtat, † ad obtinendum feudum 28
hæreditarium nō ſufficere, ſucceſſorem
eſſe defuncti hæredē, ſed cumprimis et-
iam requiri, ut in ipſo feudo ſit hæres,
jureq; hæreditario ſuccedat, ut erudite
monſtrat poſt alios *Piſtor. lib. 2. q. 1. & 14.*
idq; difficultate caret, quando poſſeſ-
ſor feudi ſolus eſt hæres, aut plures qui-
dē ſunt hæredes, ōnes tamen ſimul etiā
in feudo ſuccedunt: Etenim ille in ſoli-
dum, horum quiſq; pro parte, qua hæ-
res ſit, in jus univerſum, quod defunctꝰ
tempore mortis habuit, & conſequen-
ter etiam in feudum ſub hæreditate cō-
tentum ita ſuccedit, ut defuncti per-
ſonam in eo ſuſtineat ſive repræſen-
tet, *l. hæres in omne, ff. de acquir. hæred.*

l. legatum, 80. ff. de legat. 2. l. hæres, ff. de usurpat.

At † quoties in feudo non omnes hæredes succedere possunt, puta, si sint fœminę, aut feudum saltem sit ad primogenitos transitorium, necesse nihilominus est, ut is ad quem successio pertinere dignoscitur, in eo ut hæres jure hæreditario succedat: *ut senserunt præ cæteris Camer. in c. 1. q. 114. num. 14. an agnat. & in responso, quod in modum dialogi inter se & Cannetium confecit, extatq; post Ioan. Anton. Cannetij repet. c. volentes. Joa. Thom. Minadous, consil. 10. numer. 2. quos refert & sequitur Hartman. Pist. lib. 2. quæst. 1. numero 69. & quæst. 14. num. 51. Vincent. de Franch. decis. 1. nu. 22. 23. 35.* Hoc enim exigit investitura feudi defuncto & eius hæredibus concessi, quia nempe talis concessio, attenta vocabuli *hæres* proprietate, cumprimis illud importat, ut in eo, quod defuncto & ipsius hæredibus concessum fuit, quis sit hæres, jureq; hæreditario succedat, *l. hæres in omne, ff. de acquir. hæred. l. nihil aliud, ubi gl. ff. de verb. signif. l. ex facto, 35. ubi gl. & Dd. ff. de hæred. instit. fac. l. familiaria, ff. de religios. l. cum patronus, §. cum libertus, juncta l. ut jurisjurandi, §. liberi, ff. de operis libert. Hart. Pist. lib. 2. quæst. 1. nu. 45. & 59. præq; cæteris evidenter ostendit Camer. in rep. d. c. 1. oppos. 4. an agnat.* Alioqui si jure prælegati aut alio quopiam titulo singulari in eo succederet, tenor investiturę sive pactum concessioni feudi appositum non servaretur, quia licet in aliis bonis hæres esset, tamen cum rem eo pacto, ut hæredes in ea succedant, concessam non suscipiat, aut habeat ut hæres, sed ut legatarius, aut alius rei successor singularis, & id quod per sese principaliter agitur, potius in consideratione sit, quam quod obiter & ex accidenti concurrit, *l. si quis nec caussam, in princ. ff. si cert. pet. l. 1. in princ. ff. de aut. tut.* semperq; attendendum veniat, quod est principalius, *l. quæritur, ff. de statu homin. l. & si non sint, §. perveniamus, ff. de auro & arg. lega. Laudens. in c. 1. in princ. n. 9. de iis qui feud. dare poss.* utiq; peccaretur contra legem concessioni dictã, contraq; voluntatem & intentionem contrahentium applicaretur legatario sive successori singulari, quod hęredi unice destinatum erat. Quod si sufficeret ad feudũ alicui & hęredibus ipsius concessum obtinendum, ut successor defuncti sit hæres in allodialibus, feudum non esset hæreditarium, quoniam extra defuncti hęreditatem separatim subsisteret, adeoq; genuinam propriamq; feudi naturam in omnibus & per omnia retineret, eo duntaxat excepto, quod successor etiam defuncti hęreditatem alioqui cum feudo nihil commune habentem pro parte vel in totum suscipere teneretur: Id autem cõmunibus & receptis interpretum de feudo hęreditario doctrinis quam maxime repugnare, manifestũ est ex ijs, quę congessit *Hart. Pist. lib. 2. q. 1. n. 57. usq; ad 81.* Quod vero res cæteras hęreditarias quis consequi potest, etiamsi non sit in eis defuncti hęres, evenit non hinc modo, quod ea lege sive pacto non fuerint defuncto concessę, ut hęredes in ijs succederent, verum etiam quia pleno jure à defuncto possidebantur, qui proinde de ijs arbitrio suo tam inter vivos, quam in ultima volũtate disponere potuit, eas in successorem singularem transferendo, *l. in re mandata, C. mand.* cum è diverso feudum hæreditariũ nec inter vivos, nec in ultima volũtate sine domini cõsensu alienari possit, *c. imperialem, de prohib. feu. alie. per Frid.* eoq; non minus hæres in eo, quã in cœteris defũcti rebus titulo singulari nemini relictis hęreditario jure succedat, *l. hæres in omne, ff. de acquir. hæred. cum sim.* Ac licet feudũ hęreditariũ peculiarẽ per sese minime constituat hęreditatẽ, sed unica potius bonorum defuncti tam feudalium, quã allodialiũ sit hęreditas, *l. juris peritos, §. cum oriundus, ff. de excus. tut.* tamen ut aliàs, quando feudum non est hæreditarium, defunctus duplex quodãmodo patrimoniũ habuisse & reliquisse censetur, unum allodiale, alterum feudale, siquidem neutrum sub altero continetur, nec eandem sortiũtur originem, uti nec in eis eodem jure,

verum

verum diversi mode succeditur, *c. 1. an agnat. & filius, de capit. qui cur vend. Camer. in repet. c. imperialem, in princ. pag. 4. vers. sic enim duo patrimonia, de prohib. feudi alien. per Frid. Vincent. de Franch. p. 1. decis. 1. num. 41.* ita cum sit nihil frequentius, quam ut hæredum unus pluresve, licet alioqui in solidum vel pro parte in omnia defuncti bona hæreditario iure succedant, hæreditarij feudi, quippe cui dominus in concessione, quam voluit, legem dicere potuit, minime sint capaces, merito fit, ut ob defectum in personis hæredum intervenientem, hæreditatis unius & eiusdem bona velut in duo patrimonia, scilicet allodiale feudaleq; dividantur, & in illo quidem ij, qui testamento vel ab intestato vocantur, in hoc illi, quos tenor investituræ vocat, hæreditario iure succedant: *textus pro hac sententia notabiles, in l. hæredes, §. 1. ff. famil. herciscund. l. si certarum, §. Iulianus, ff. de testam. mil. l. 1. & 2. C. de testam. mil.* qui licet de militibus loquantur, quibus peculiari privilegio cum alia plurima permissa, tū hoc etiam, ut alium in castrensibus, alium cœteris in bonis hæredem instituere vel habere possint, tamen simile quid in vasallis obtinere mirum nō est: tum, quia feudum etiam hæreditarium non tam est res singularis, quam jus illud universum, quod defunctus ex concessione domini, fidelitatis & servitij vicissim exhibendi gratia tempore mortis habuit, *ut post Andr. de Isern. & alios late ostendit Camer. in repet. d. c. imperialem, in princ. versic. in quo illud principio. p. 289. & seqq. sensit etiā Bald. in auth. cessante, n. 4. C. de legit. hæred. Afflic. in c. 1. §. quid ergo, n. 6. vers. item feudum, de invest. de re alie. fac. Cravet. con sil. 973. num. 5. vol. 5. Vincent. de Franch. p. 1. decis. 1. n. 41. 42.* Eoq; non minus in eo, quam in allodiali patrimonio qualitas hæreditaria per se esse siv e subsistere potest, *l. in pari caussa, §. hi qui, ff. de reg. jur. Camerar. in repet. c. 1. q. 14. n. 114. an agnat. quem refert & sequitur Hartm. Pist. lib. 2. q. 34. n. 47.* tum etiam, quia vasallos duplex patrimonium, & alios in allodialibus, alios in feudalibus successores habere posse constat ex *d. c. 1. an agnat. & c. filius, de capit. qui cur vend.* nec dissimilia sunt castrentibus feudalia bona, quippe quæ potissimum servitio militari acquiruntur & conservantur, *c. 1. §. item qui dominum, & § sed non est alia, quæ fuit prima caus. benef. amit. c. 1. de vasall. mil. qui arm. bell. depos. c. 1. an mutus. Hart. Pist. lib. 2. q. 33. n. 25. q. 34. n. 1.* eoq; castrensia vel quasi castrentia bona nuncupantur *ab Andrea de Isern. in c. 1. de his, qui feud. dare poss. Bald. in c. 1. n. 6. ubi Alvar. & reliqui, de fratrib. de novo feu. invest.* Imo etiam vasallos ratione servitij militaris, quod in bello castrisque domino tenentur exhibere, pro militibus habendos, censuit idem *And. de Isern. in c. 1. quo tempore miles: & in c. si quis miles, de feudo sine culpa non amitt. Ioa. Thom. de Marin. de gener. & qualit. feu. t. 2. de feud. ex pact. & provid. antiq. n. 43.* quibus id suffragatur, quod in iure feudorum passim ij nuncupantur milites, *t. 1. & 2. constit. feud. domini Loth. c. 1. & 2. de feudo sine culpa non amitt. c. 1. 2. 3. quo tempore miles, c. si quis miles, de conten. inter do. & vasall. c. si quis investitrit, de feudo dato in vic. legis com. c. 1. de usu Medio!. & alibi passim.* Verum ne juribus de milite loquentibus saltem innitamur, etiam in paganis nonnunquam evenire, ut in quibusdam bonis unū, in reliquis alium hæredem habeant, probat *l. si is qui, ff. de vulg. & pupill. l. miles ita, §. exhæredato, ff. de testa. mil. &* inprimis *l. si arrogator, §. sed an impubert, ff. de adoption.* ubi pater adoptivus in quarta, quam pupillus arrogatur ex bonis eius consequitur, potest substituere, cum in alijs bonis pupillo succedant, qui sunt ab intestato proximi: ratione juris id suadente, ut & arrogatorij salvum remaneat jus disponendi in ultima voluntate usq; in tempus pubertatis de bonis quæ pupillo reliquit, & successoribus ab intestato præjudicium nullum inferatur in bonis alijs, quæ arrogato intra pupillares annos mortuo in omnē euentū ad ipsos pertinent. At casu nostro ratio juris multo magis huiusmodi quid suadet, cū & vasallo libera remanere debeat facultas ab intestato vel in testamēto bona, quæ à domino nō recognoscit, relin-

dat, ut hæres, feudi quoq; ratione
obnoxius æri alieno sit oportet. Tū,
2. quod æs alienum non certæ condi-
tionis aut certi loci facultates afficere
soleat, sed potius uniuersas facultates
totamq; hæreditatem siue patrimoni-
um minuat, *l. si fideicommissum, §. tracta-*
tum, ubi Dd. ff. de iudic. Feudum autem
hæreditarium inest hæreditati, nec
minus ea continetur, quam cætera
bona hæreditaria, *ut tenent relati per*
Hartm. Pist. lib. 2. q. 1. num. 57. 58. & 62.
Aes igitur alienum tam feudum istud
quam reliquas defuncti facultates o-
nerabit atq; minuet. Tum, 3. quia
tenentur hæredes æs alienum agno-
scere pro partibus hæreditariis, *l. ex*
facto, 35. uers. unde scio, ff. de hær. inst. l.
pacto successorum, C. de pact. l. 1. C. si cert.
pet. l. 2. C. de hæredit. action. cum simil. At
feudi successor non tantum partem
allodialium, sed etiam feudum ex hæ-
reditate consequitur hæreditario jure,
siue quatenus est hæres. Vnde si to-
tam spectes hæreditatem, pars istius
successoris hæreditaria non consistit
in parte duntaxat allodialium ei ob-
ueniente, sed completur atq; consti-
tuitur per feudum cum dicta parte bo-
norum allodialium computatū: quo
fit, ut pro tanta parte hæreditatis,
quantam feudum & pars allodialium
ei obveniens rite computata consti-
tuunt, æs alienum agnoscere tenea-
tur. Tum, 4. *per l. Celsus, cum l. seq. & l.*
sic pro rata, ff. de religios. ubi muliere mor-
tua dos penes maritum remanet, cæ-
teris in bonis alius successit, nihilo-
minus dotis aliorumq; bonorum fit
æstimatio sive computatio, ut quan-
to plus alter è bonis defunctæ conse-
quitur, tanto maiorem quoq; partem
impensarum funebrium agnoscat &
soluat: Quod si dos, quæ ex pacto,
statuto vel consuetudine mariti lu-
cro cedit, computatur hæreditati, ut
pro rata, quam constituit in bonis
defunctæ mulieris, maritus qui hæres
non est, contribuat ad solutionem
funebrium impensarum, æque vel
magis feudum hæreditario jure uni
præ cæteris hæredibus obveniens e-
rit hæreditati computandum, ut et-
iam pro rata, quam in defuncti bonis
id constituere videtur, successor illi-
us ad æris alieni solutionem contri-
buat: *facit ad idem l. si uir uxori, ff. ad leg.*
Falcid. & l. 2 uers. itaq. C. de aedif. ciuit.
lib. 11. Tum, 5 quia † cum ex consue- 29
tudine vel statuto uni bona immobi-
lia defuncti, alteri mobilia deferun-
tur, provt jure Saxónico muliere de-
functa maritus mobilia consequitur,
at in immobilibus hęredes succedunt,
art. 31. Landrecht *lib. 1. & art. 76. lib. 3.*
Reinhard. differ. 56. Schneid. ad t. inst. de
hæredit. quæ ab int. defer. sub rub. de suc-
cess. iuris Sax. inter mar. & ux. n. 26. va-
lorem bonorum tam mobilium,
quam immobilium in unam sum-
mam esse redigendum, & quanto ma-
iorem è bonis defuncti portionem al-
terum præ altero consequi liquebit,
tanto maiorem etiam æris alieni par-
tem eundem solvere debere, deci-
dunt *Guil. de Cumo in l. hinc quæritur, §.*
potest, ubi Alberic. de Rosat. & Raphael
Fulgos. in fin. dicens, id esse satis conueni-
ens, & neminem Dd. contradicere, ff. de
pecul. Alberic. in tract. statutor. p. 2. q. 105.
uers. quid si ex forma. Alex. consil. 31. lib. 1.
Iacobin. de S. Georg. in tract. de feudis seu
operis, nu. 19. Tiraq. de jure primog. q. 35.
nu. 29. & 31. ac nouissime Daniel Moller.
lib. 2. semestr. c. 44. dicens ita semper esse
pronunciatum: Consult. super const. Sax.
p. 5. casu 45. Ac licet dissentiat Castren-
sis *in d. §. potest*, atq; contendat, eos
aut æquis partibus hæredes esse, nem-
pe si sint æquales in gradu, ita ut pa-
riter de jure communi admitterentur
ad hæreditatem, bona uero mobilia
uel immobilia quasi jure cuiusdam
prælegati ex dispositione statuti uel
consuetudine consequi, ac proinde o-
nus æris alieni æqualiter ab eis agno-
sci debere, *per l. ex facto, uers. unde scio,*
ff. de hæred. inst. aut si sint inæquales,
proximum esse hœredem in solidum,
alterum autem habendum pro lega-
tario, & consequenrer onus æris alie-
ni non huic incumbere, sed illi, *l. ult.*
C. de hæredit. action. idemq; in alio qui-
dem, nec tamen multum dissimili ca-

Tum 6. quod feudi successor alioqui commodum hæreditatis longe maximum haberet, aliis interim onera sustinentibus, quod absurdum esse ait Paulus *IC. in l. is qui, §. ult. ff. de legat. præstan.* Nec obstat *l. si certarum, §. Julianus, ff. de testam. mil.* quia nomine rerum castrensium, in quibus miles hæredem instituit, non modo bona in castris quæsita, verum etiam debita ibidem contracta continentur atq; denotantur, *l. nominis l. res appellatione, ff. de verbor. signif.* proinde nec mirum ad cœtera debita teneri duntaxat hæredem cœterarum rerum. Rursus ut acquisitio bonorum castrensium tempore locoq; maxime distinguitur ab acquisitione cœterorum bonorum, sic etiam castrensia debita luculenter eadem temporis loci; circumstantia cœteris à debitis secernuntur: unde fit, ut militis creditores alij castrenses nuncupentur, alij non castrenses, *l. si castrense, ff. de castr. pecul.* Secus in hæreditario feudo & allodialibus bonis, quæ etsi diversimode acquirantur, debita tamē promiscué contrahuntur, nec magis unum quam alterum genus bonorū concernunt sive respiciunt, sunt potius universarum facultatum, totiusque patrimonij, *l. si fideicommissum, §. tractatum, ff. de judic.* Præterea vel hac de caussa decisio *d. §. Iulian.* huc minime quadrat; quia constare non posset, quodnam æs alienum agnoscere debeat hæres in feudo, quodue suscipere teneantur hæredes allodialium bonorum. Non enim dici potest, hæredum in feudo succedentem non alia debita, quam ratione feudi contracta, sive in utilitatem feudi conversa teneri agnoscere, cùm, quia teneri solet ad ea feudi successor, etiam quando non est hæres, ut infra monstrabitur: tum etiam, quia ratio juris & æquitas paribus in caussis paria jura desiderans, *c. 1. §. ut autem, de allodiis,* omnimodo suaderet, hæredes etiam allodialium bonorum ad ea demum debita, quæ ratione bonorū allodialium contracta sive in utilitatem eorum versa sunt, teneri oportere: At æris alieni pars longe maxima nec feudi nec bonorum allodialium ratione, sed alias potius ob caussas; puta, indigentiam personæ, fidejussionem, &c. contrahitur. Quocirca vel absurdi, quod inde alioqui sequitur, hæredum unoquoq; maximam æris alieni portionem à sese in alium reijciente, vitandi caussa concludendum secundum regulam juris, hæredem in feudo succedentem, pro parte hæreditaria, quam feudum & pars bonorum allodialium ei obveniens, complent atq; constituunt, debita defuncti solvere teneri, *l. 2. C de hæred. act. cum concor.* Non obstant † rationes antea pro contraria parte adductæ. Prima namq; feudum 30 rebus certis sive singularibus accenset, cum tamen sit potius quoddam universum, in quo per se qualitas hæreditaria subsistere potest, ut antea monstratum. Ac licet feudum portioni bonorum allodialium non insit, tamen cum hæreditati insit, nec minus in eo, quam in dicta portione hæreditario jure succedatur, Omnimodo consequitur, feudi successorē, non pro ea saltem parte, quæ bonis ex allodialibus ei obuenit, defuncto hæredem esse, sed totam partem, qua hæres est, compleri atq; constitui ex feudo & parte allodialium ei obvenientе, illamq; vitæ collatam cum cœterorum hæredum portionibus æque certā esse posse hæreditatis quotam, vel eo magis, cū nil obstet, quo minꝰ etiā certe res singulares in collatione quo ad reliqua bona hæreditaria certæ hæreditatis quotæ æquivaleant, sive correspondeant, *l. ex facto 35. vers. & fundorum alterum, ff. de hæred. instit.* Quo ad secundam nō negatur, feudū etiā hæreditarium consequi successorē ex pacto antecessorum & investitura: Sed pactū sive investitura eū primis hoc requirit, ut hæreditario jure in feudo succedatur: quod cum fieri nequeat, si capiatur ut æs alienū, quippe quod ex hæreditate quis neutiquā ut hæres, sed ut creditor actionis cōtra defunctū vel eius heredē competētis ope cōsequitur, *l. pater filiā, in princ. ff. ad leg.*

leg. Falcid. l. si ab eo, C de negot. gest. l. 1. l. si adulta, C de haeredit. act. cum concor. euidenter hinc patet, inuestituram siue pactum hîc non efficere, ut feudum hæreditarium æris alieni loco haberi vel deduci possit, sed contrarium potius operari, ut huius feudi nomine tam sii ad aliorum debitorum hæreditariorum solutionem pro rata contribuendum, quam cœteris è bonis hereditariis contribui necesse est. Præterea quæ tanquam æs alienum capiuntur siue deducuntur, in legitimam imputari minime solent, *l. si imus, §. repletionem, C de inoff. testam. l. pater filiam, in princ. l. si dos, ff. ad leg. Falcid. Bald. consil. 57. quia illud, lib. 1. Ripa in l. in quartam, numer. 135. ubi Ioa. Bologne. num. 279. ff. ad l. Falcid. Vasquius de success. creat. lib. 3. §. 30. numer. 232.* At feudum hæreditarium in legitimam imputari communis est & receptissima interpretum sententia, pro qua plures allegant *Hartm. Pist. lib. 2. q. 1. num. 64. Graff. §. legitima, quæst. 21. num. 3. Vultei. de feud. lib. 1. c. 9. nu. 116.* Proinde vel hinc manifestum est, feudum hæreditarium neutiquam capi siue deduci tanquam æs alienum. Circa tertiam negatur, feudi successorem habere titulum onerosum, cum quia consequitur illud ut hæres, & titulus hæreditatis siue pro hærede est lucratiuus, *l. inter stipulantem, §. sirem, ff. de verb. oblig. l. ult. §. penult. C de codicill. §. si vero expectet, ubi Ang. in auth. de nupt. decian. consil. 46. nu. 147. vol. 2.* tum etiam, quia feudum & beneficium, *c. 1. §. & quia vidimus, de iis qui feud. da. poss. c. 1. de feud. march. c. 1. an marit. succ. ux. in benef. c. 1. in quibus causs. feud. amitt. cum simil.* & gratia nuncupatur, *Bald. in proœm. feudor. nu. 4. ubi reliqui Dd. Martin. Laud. inc. 1. in princ. num. 9. de iis qui feud. da. Camerar. in repet. c. imperialem, §. præterea ducatus, pag. 790. vers. quinta & ultima species Hartman. Pistor lib. 2. q. 38. num. 87.* & gratiam atq; beneficium caussam denotare lucratiuam nō ambigitur, *c. 1. §. inprimis, in quibus caus. feud. amitt. l. 1. §. permittitur, vers. nec est, ff. de Aq. quot. & æst.* At licet feudi successor sit obstrictus ad fidelitatem & seruitia, tamē illa præstantur nō tam in compensationem feudi & redituum quotanis inde percipiendorum, quam in recognitionem dominij directi penes inuestientem remanentis, *Francisc. Aretin. in l. si mihi & Titio, num. 2. vers. sed circa secundum, ff. de verb. obl.* siq; fidelitas & seruitia cum feudo & ipsius emolumentis conferantur, hæc quam maxime præponderant, illaq; vix minimam horum partem compensare queunt, *Bald. in proœ. feud. nu. 9. Aret. & Laud. loc. vel Hartm. Pist. d. q. 38. n. 87.* Non tamen inficias iverim, in contributione ad æs alienum soluendum oneris istius habendam esse rationem, *ut tradit in simili gloss. in l. illud, verbo, lucrum, & ibid. Dd. C de collat.* siquidem feudum propter incumbentem fidelitatis & seruitiorum præstandorum necessitatem minoris æstimari solet, ac debet, quam alioqui, si onus huiusmodi non subesset, æstimaretur, *Colir. de process. execut. pag. 3. c. 9. n. 123.* Ad ultimum responderi potest, esse quam maxime diuersa, ratione feudi hæreditarij quid esse contribuendum, ad solutionem æris alieni a defuncto relicti, & in feudum non nisi deficientibus aliis bonis executionē siue immissionem fieri posse: illud inde manat, quia feudum sub hæreditate continetur, eiusq; pars est: huius autem alias esse caussas constat ex traditis *in limit. 2.* Proinde nil mirum, si diuersum in diuersis ius obtineat. Deinde si verespiciamus hæredes in feudo non succedentes, nequeunt eiusdem juris & potestatis esse, quia feudum ad ipsos non transit, *l. cum heredes, ff. de acquir. poss.* Sīuc hæredem in feudo succedentem, est ille juris & potestatis eiusdem cum defuncto salte, quo da partem qua hæres est: nam in reliquis partibus hæreditariis uti non est hæres defuncti, sic jure defuncti uti nequit: ac proinde pro eo, quod ipse ratione suæ portionis hæreditariæ soluere tenetur, fieri potest executio

in feu-

in feudum deficientibus alijs ipsius bonis, etiamsi apud cohæredes alia bona hæreditaria supersint, ut antea monstratum.

31 Porro † quoniam eo casu, quando feudi hæreditarij successor per alios ex testamento uel ab intestato uocatos ab hæreditate bonorum allodialium excluditur, nihilominus in feudo, si velit illud habere, jure hæreditario & ut hæres succedere tenetur, *Camer. in repet. c.1. q.14. nu.114. an agnat. & in respons. quod in modum dialogi inter se & Cannet. confecit, habeturq́ post Cametij repet. c. volentes. Minadous consil.20. n.20. Hartm. Pist. lib.2. q.1. nu.69. & q.14. n.51.* Consequitur, onus æris alieni non insolidum ad hæredes allodialium pertinere, uerum etiam feudi successorem pro rata partis, quam feudum in hæreditate tota utrumq; patrimonium complectente constituit, contribuere teneri, siquidem fundamenta casu præcedenti adducta hic peræque militant, eoq; jus idem exigunt, *l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. 3. §.1. ff. de iniusto rupt. & irr. facto test.* Aliter quidem in consilio Neapolitano fuisse decisum, nempe, successorem hæreditarij feudi saltem in subsidium teneri ad id, quod creditores ab hæredibus bonorum allodialium consequi nequeunt, refert *Capic. decis. 199. n.4.* Sed præsupponit successorem in feudo non esse hæredem, quando ab hæreditate bonorum allodialium per alios excluditur: cum tamen contrarium ex prædictis pateat, & eum qui hæres non est uel esse nequit, hæreditarium feudum obtinere minime posse, tenuerint allegati per *Rol. à Valle consil.23. n.52. uol.1. Hart. Pist. lib.2. q.1. n.67. & q.14. n.51.* Et hæc quidem in hæreditario feudo obtinent.

32 Quando † uero feudum non est hæreditarium, constat, feudi successorem partem æris alieni hæreditariæ portioni suæ obuenientem teneri omnimodo soluere uel totam, si absq; inuentarij beneficio adijt, uel quatenus vires portionis hæreditariæ sufficiunt, siquidem inventarium confecit, *l. ult. C. de jure delib. iuncta. l. 2. C. de hared. act. cum concor.* Nec est dubium, quin deficientibus allodialibus ipsius bonis ad instantiam hæreditariorum creditorum in feudum possit ac debeat contra eum executio fieri secundum tradita superius in lim.2. Verum quia feudum, quando non est hæreditarium, nihil cum hæreditate commune habet, sed ab ea plane diversum est ac separatum, nec in eo jure hæreditario succeditur, utiq; sequitur, successorem feudi nihil cohæredibus ratione feudi contribuere teneri ad solutionem æris alieni, quippe quod est hæreditatis onus, *l. ult. C. de hared. act.* non feudi, *c.1. an agnat.* eoq; incumbit hæredibus pro rata partium; quibus defuncto sunt hæredes, *l. ex facto, uers. unde scio, ff. de hared. instit. l.1. C. si cert. pet. cum simil.* Idq; uerum, etiamsi filius defuncti sit, qui in feudo successit, *Afflic. in c. imperialem, §. praeterea ducatus, nu. 34. de prohib. feu. alien. per Frid.* Quamvis enim hic feudum consequi nequeat, nisi sit hæres patris, non tamen ideo feudum est aut fit hæreditarium, uel pars hæreditatis, nec in eo succedit filius ut hæres, *prout pluribus ostendit post alios à sese relatos Hartm. Pist. lib.2. q.2. num. 6. usq; ad 28.* eoq; feudum ab oneribus hæreditarijs, quibus sustinendis sufficit hæreditas, debet immune habere, nec urgeri, ut plus contribuat, quam hæreditaria portio sua requirit, *l. 2. iuncta l. ult. C. de har. actio.*

Quod si hæreditas non sit soluendo, ne tum quidem ambigendum, agnatū ultra portionem suam hæreditariam, pro qua æs alienū agnoscere tenetur, haud quicquam é feudo soluere teneri, *l. legatorū petitio, ff. de legat. 2 iuncto d. c.1. an agnat.* Idē de filio iudicandum, si teneamus communem Dd. opinionē, quod inuentario confecto filius ultra uires hæreditarias nō teneatur.

At † secundum eam, quam con- 33
tra communem antea defendimus, sententiam uerius uidetur, filium ultra portionem suam hæreditariam in subsidium teneri ad id, quod

hæreditarij creditores cœteris ab hæredibus consequi nequeunt, per ea quæ tradunt in simili *Carol. Molì ad consuet. Paris. t. 2. §. 62. n. 93. Capic. decis. 199. n. 5. Vincēt. de Franch. p. 1. dec. 1. n. 26.* Etenim alias patri pateret ampla via fraudandi creditores, instituendo filium pro parte minima, cœteris autem ex partibus alios hæredes scribendo, qui procul dubio cum inventarij beneficio hæreditatem damnosam adituri; neve quid ultra vires hæreditarias præstare teneantur, effecturi sunt: cum tamen fraudibus omnimodo sit obviandum. *l. in fundo, ff. de rei vendic. l. 1. §. exceptionem, ff. quar. rer. act. non dat l. ult. §. ult. C. de usur. rei judic. c. quanto, de divor. Tiraq. de legib. connub. gl. 1. n. 60.* & in *d. c. 1. an agnat.* non alia de caussa requiratur, ut filius in feudo successurus patri sit hæres, quam ut e feudo solvat, quod paterni creditores aliunde consequi nequeunt, prout antea monstratum, & liquet ex traditis per *Hartman. Pist. lib. 2. quæst. 2. n. 45. 46.*

Secus tamen esset, si tempore hæreditatis aditæ creditores integram ab hæredibus solutionē consequi potuissent: nam si tractu temporis hæredum unus aut plures desierint esse solvendo, nihil id obesse filio debebit aut poterit, cum per textum *l. legatorum petitio, in princ. ff. de legat. 2. l. 2. C si plures una senten.* tum etiam, quia creditores sunt in culpa, quod partes æris alieni ab hæredibus debitas mature non exegerint, eoq; damnum, quod sua culpa sentiunt, sibiipsis imputare debent, *l. quod quis ex culpa, ff. de regulis juris c. damnum d. tit. in 6.*

34 Limit. V. in eo, qui † defuncto saltem in legitima succedit: hic enim ad debita defuncti minime tenetur, multoque minus è feudo, in quo eidem successit, ea soluere cogitur: *Iacob. de Beluis. in c. 1. ubi Bald. nu. 8. Mart. Laud. numer. 2. Aluar. num. 9. vers. subsequenter, Afflict. num. 19. & ibid. reliqui, an agnat. Iacob. de S. Georg. de feud. verbo, ita quod ipsi investiti, n. 5. Zas. de feud. p. 8. nu. 6. Joa. Thom. de Marin. de gener. & qualit. feud. t. 6. de feud. hæred. antiq. n. 4. Vincent. de Franch. & per eum relati p. 1. decis. 1. n. 17. Hart. Pist. lib. 2 quæst. 2. nu. 41. Ambros. Schurer. de hæred. ab int. t. 20. Moz. de feud. sub t. de naturalibus feud. num. 71. vers. quarto lim.* tum, quia legitimæ ratio non ponitur, nisi deducto ære alieno, *l. papinianus, §. quarta, ubi Dd. ff. de inoff. testa.* Quod vero dudum deductum est, habenti legitimam denuo nequit extorqueri, ne bis idem exigatur, *c. bona fides, de reg. jur. in 6.* tum etiam, quia succedens duntaxat in legitima, proprie sive revera non est hæres, *Gail. post alios à se relatos lib. 2. obs. 120. nu. 4. Grass. §. hæreditas, q. 8. n. 1.* cōmunē *dicens: Anto. Fab. de error. pragmat. decade 14. err. 6.* & consequēter æs alienum à defuncto relictum ab eo minime soluendum, *l. ult. C de hæred. act.*
Vnde † cum nec institutus in 35
re certa propriè sit hæres, sed loco legatarij habeatur, quoties alius est hæres universalis. *l. quoties, ubi Dd. C de hæred. inst.* non immerito eum etiam ab onere æris alieni præsertim è feudo solvendi immunē esse censuerunt *Dd. locis modo relatis.* Si tamen in re certa institutus esset cum onere præstandi quæpiam debita vel legata, sine dubio teneretur ea præstare, *l. turpia l. ab omnibus in princ. ff. de legat. 1. l. si plures, ff. de legat. 3 Guil. de Cuno in l. item quæritur, ff. de pecul. Vincen. de Franch. p. 1. decis. 1. n. 24.* non tamen plus, quam ex testamento consequitur, soluere cogitur, *l. cohæredi, §. filia, ff. de vulg. & pup. l. non amplius, in princ. l. civitatib. §. ult. ff. de legat. 1. l. imperator, §. si centum, ff. de legat. 2. l. sed si non servus, §. quod si alienus, ff. ad leg. Falcid. ubiq; gloss. & Dd. Hier. Gabr. consil. 116. num. 32.*

Limit. VI. Quamvis † creditores 36
hærede non solvente in feudum fructuum percipiendorum gratia immittantur, non tamen id præjudicat agnatis vel domino, quo minus post obitum hæredis id consequantur liberum & absq; omni onere, sive creditoribus ex fructibus perceptis plene sit satisfactum, sive non, *c. 1. §. quid ergo, ubi Andr. de Isern. Marti. Laud. n. 12. Aluar. numer. 3. Afflic. n. 4. de invest.*

de re

de re alie. fac. §. *è contrario, d. t. c. 1. & ibi Dd. an agnat. c. 1.* §. *rursus, quib. modis feud. amitt. c. nuper, de donat. inter vir. & uxor. l. lex vectigali, ff. de pignor. Iaco. de S. Georg. de feud. verb. & dicti Vasalli, nu. 39. Curt. de feud. p. 4. q. 14. num. 105. Chilian. Konig in processu, c. 103. sub. tit.* von der hülffe auff Lehngütter. *Gail. lib. 1. obser. 117. n. 2. & 3. Coler. de process. execut. p. 2. c. 3. n. 286. 287. Moz. de feud sub rub. q. actio oriatur ex feudo, n. 13. Vultei. de feud. lib. 1. c. 10. numer. 57.* Imò licet consentiente domino facta sit executio in ipsum utile feudi dominium, nihilominus jus agnatorum interim salvum & integrũ remanet, ita ut mortuo hærede feudum etiam cum consensu domini distractum sive datum in solutum revocare possint, *ut rectissime censuerunt Hartman. Pist. & per eum relati lib. 1. q. 15. nu. 102. & lib. 2. q. 6. n. 55. & patet ex t. 1.* §. *hoc quoq; de success. feudi: t. 1.* §. *quid ergo, &* §. *è contrario, de invest. de re alie. fat. t. Titius, si de feu. des fune. conten. sit. c. 1. in princ. de alie. feu. pater.* Contrarium quidem sentire videtur VVesenb. *in parat. ff. de reb. autor. judic. possid. n. 4*, dicens, hoc esse rationi & æquitati maxime accommodatum. Sed cum ex juribus modo relatis constet, nec Vasallum nec dominum agnatis jus ex investitura antecessorum quæsitum adimere vel intervertere posse, & agnatus in feudo succedens debita defuncti solvere minime teneatur, *c. 1. an agnat.* certe nec rationi juris, nec æquitati consentaneum videtur, propter æs Vasalli alienum spem successionis omnem agnatis invitis auferri posse, *l. ult. ff. de publ. l. id quod nostrum, l. non debet alteri, ff. de reg. jur.* nisi restringatur assertio VVesenbecij ad agnatos hæreditatem defuncti suscipientes, qui feudum sine ipsorum consensu distractũ vel creditoribus datum in solutum revocare nequeunt secundum conclusionem communi interpretum calculo approbatam, pro qua multos recensent *Hart. Pist. lib. 2. q. 9. n. 11.* nisi confecerint inventarium, quod eis integram conservare facultatem revocandi, Dd. communiter statuunt, quorum plures enumerant *Pinell. in repet. l. 1. p. 3. n. 93. C. de bonis mater. Hartm. Pist. d. q. 9. num. 24.*



EXERCITATIO SECVNDA.

De ære alieno defuncti Vasalli, an & quatenus ab eo solvendum, qui duntaxat in feudo successit.

SVMMARIA.

1 *Successor feudi non tenetur debita defuncti solvere.*
2 *Etiamsi hæreditas non sit solvendo.*
3 *Quid si feudi successor sit filius defuncti?*
4 *Fœminæ in feudo succedentes defuncti debita solvere minime tenentur.*
5 *Emtum feuaum æris alieni solutioni non est obnoxium.*
6 *Debitum emtione feudi contractum hæres emtoris solvere debet.*
7 *Contrarium defenditur.*
8 *Fundamenta prioris opinionis diluuntur.*
9 *Dominus, cui feudum aperitur, ad æris alieni à Vasallo in emendo feudo contracti solutionem non tenetur.*
10 *Etiamsi ipse vendidit.*

11 Si aperiatur ei feudum venditum nondum soluto pretio, potest adversus emtoris haredem agere ad pretium.
12 Successor feudi novi, nisi sit hares, defuncti debita non solvit.
13 Creditores hereditarij quando contra successorem feudi novi habeant regressum?
14 Debitum à defuncto maxima urgente necessitate contractum non cogitur solvere feudi successor.
15 Dominus cui feudum aperitur, creditoribus Vasalli minime tenetur.
16 Etiamsi feudum sit hareditarium.
17 Feudum ab onere aris alieni liberum consequitur successo, etiamsi non obitu debitoris, sed alia quapiam de caussa ad eum devoluatur.
18 Delictum Vasalli an obsit ipsius creditoribus?
19 Debita ratione servitiorum domino exhibitorum contracta non sunt à feudi successore solvenda.
20 Vti nec debita ratione collectarum, decimarum, tributorum pro feudo solvendorum contracta.
21 Agnatus in feudo succedens non tenetur solvere debita defuncti contracta ratione servitiorum sumtibus domini prastandorum.
22 Creditor immissus in feudi possessionem ad fructus percipiendos, cogitur id agnato liberum dimittere post obitum debitoris, etiamsi nondum integram sit consecutus solutionem.
23 Debitum ratione servitiorum sumtibus domini prastandorum contractum creditor à domino repetere potest.
24 Eiusdem debiti nomine feudum domino apertum, si vivo debitore fuisset immissus, retinere potest, donec sibi satisfiat.
25 Debitum defuncti pro domino fideiubentis agnatus haud solvere cogitur.
26 Hares id solvens à domino repetere potest.
27 Creditor feudum domino apertum retinere potest, donec ed solutum fuerit, pro quo defunctus propter dominum principaliter obligatum fideiussit.
28 Successor emphyteusis ab aris alieni solutione immunis est.
29 Etiamsi creditoribus aliunde satisfieri nequeat.
30 Aut vivo debitore fuerit in emphyteusin executio facta.
31 Creditor emphyteusin dimittere coactus contra haredes defuncti regressum habet.
32 Creditores an ex emphyteusi nova solutionem consequi possint.
33 Creditoribus fructus feudi vel emphyteusis ad haredes alioqui perventuri sunt in solutum dandi.
34 Statuto vel consuetudine induci potest, ut e feudo solvantur debita defuncti.
35 Sed huiusmodi statutum in dubio non videtur eo de casu intelligendum, quo allodialia solutioni aris alieni sufficiunt.
36 Consuetudo ex actibus eam inducentibus diiudicanda.
37 Statutum vel consuetudo permittens alienationem feudi valet.
38 Ostenditur, successorem feudi, quod alieni potuit, aris alieni solutioni esse obnoxium.
39 Contraria sententia defenditur.
40 Rationibus prius adductis respondetur.
41 Creditor in feudum, quod alienari potest, immissus fructuum percipiendorum gratia, an post obitum debitoris id successori liberum dimittere teneatur nondum integre soluto debito.
42 Dibita defuncti solvenda sunt è feudo, quoties ideo pacto concessum fuit.
43 Quid si cum alienandi potestate sit concessum?
44 Debita ad utilitatem feudi contracta sunt à successore feudi solvenda.

45 Argumen-

45 Argumenta opinionis contrariæ recensentur & soluuntur.
46 Alimenta è feudo debentur his, qui nequeunt in eo succedere.
47 Limitatur dupliciter.
48 Debitum à defuncto propter alimenta è feudo præstanda contractum quatenus agnoscere teneatur feudi successor?
49 Vita & militia quid sit, & quomodo ab alimentis discrepet?
50 Debitum ob vitam & militiam contractum quatenus à successore solvendum?
51 Fœminis quatenus & quanta dos è feudis debeatur.
52 Æs alienum dotis è feudo debitæ caussa contractum quatenus à successore feudi solvendum?
53 Maritus feudum uxori donare propter nuptias potest.
54 Mulier feudum potest in dotem dare.
55 Contraria Camerarij sententia refellitur.
56 Donatio feudi propter nuptias quid prosit mulieri?
57 Pro alio feudum donare propter nuptias non licet.
58 Uxori defuncti Vasalli nec dotem reddere, nec pecuniam ex caussa donationis propter nuptias debitam præstare tenetur feudi successor.
59. Dotalitium in præjudicium successorum feudi quatenus constitui possit?
60 Pecunia, qua feudum fuit à dotalitio liberatum, quatenus à successore feudi reddenda?
61 Caussa damni infecti est onus feudi.
62 Pecuniam, qua feudum à nexu pignoris fuit liberatum, solvere tenetur feudi successor.
63 Prout etiam eam, qua feudum ab incumbente servitute fuit liberatum.
64 Debitum propter impensas contractum à feudi successore solvendum, quatenus impensarum deductioni vel repetitioni locus est.



1 Vm † feudi successor non est hæres defuncti, certissima regula juris feudorum est, eum debita defuncti solvere minime teneri, *tex. in c. 1. ubi ordinarie Dd. an agnat. vel fil.* cujus ratio per sese manifesta, quia feudum non est pars hæreditatis, nec sub ea continetur, sed est ab ea omnino diversum, *d. c. 1. c. 1. §. quamvis, ubi Dd. de invest. de re alie. fac. Dd. in c. imperialem, de prohib. feudi alie. per Frid. Gaill lib. 2. obser. 154. num. 2.* & æris alieni solutio est onus incumbens hæredi, non legatario, multoq; minus successori rei non hæreditariæ, *l. ult. C de hered. action. l. ex facto, vers. unde scio, ff. de hered. inst. l. quoties, C de hered. instit.*

2 Hæc † autem regula locum habet, etiamsi defuncti Vasalli hæreditas non sit solvendo: nam ne tunc quidem hæreditarij creditores ad id, quod ex hæreditate defuncti consequi nequeunt, adversus feudi, quippe, sub hæreditate minime contenti successorem agere possunt, *Schrad. de feudis, p. 7. c. 7. numer. 36. & 37. dicens hanc sententiam* veriorem, *& est textus in d. c. an agnat.* quem eo potissimum de casu loqui, cum hæreditas non est solvendo, sentiunt *Dd. ibid. tradit & post alios Hartman. Pistor. lib. 2. quæst. 2. num. 45.*

3 Deinde † idem obtinet, etiamsi filius in feudo saltem succedat, puta, si sit in testamento patris præteritus, & præteritionem approbet, aut in legitima vel re certa institutus, aut vivo patre hereditati juramento renunciet: his enim & similibus casib. quibus ad alium devolvitur hæreditas, filius debita patris, cujus hæres non est, è feudo solvere minime tenetur, *Jacob. de Belvis. in d. c. 1. ubi Bald. numer. 8. 9. 10. Laud. num. 2. 8. & seqq.*

seqq. Alv. tr. numer. 9. Afflic. numer. 19. 21. 22. & reliqui Dd. an agnat. Iacob. de S. Georg. de feud. verb. ita quod ipsi investiti, numer. 5. & 7. Joa. Thom. de Marin. de gen. & qual. feud. t. de feud. hered. antiq. numer. 4. 5. 6. 7. Vincent. de Franch. & per eum relati p. 1. dec. 1. numer. 16. & 17. Sed cum *ex d. c. 1. an agnat.* non obscure pateat, & pluribus ostendat *Hart. Pistor. lib. 2. quæst. 2. numer. 42. 45. 46.* ideo filio incumbere necessitatem suscipiendi hæreditatem cum feudo, ut in defectu bonorum allodialium è feudo satisfiat creditoribus: constat ampliationi nostræ tunc quidem sine dubio locum esse, cum hæreditas est solvendo, aut hæres adit sine inventario, deq; proprio satisfacere patrimonio potest creditoribus: At cum hæreditaria bona nō sufficiunt, & hæres cum inventarij beneficio adit, aut soluendo non est, verius videtur, filium in subsidium teneri ad id, quod hæreditarij creditores aliunde consequi nequeunt, prout in simili decidunt *Capic. decis. 199. nu. 5. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 2. §. 62. num. 93. Vinc. de Franch. p. 1. decis. 1. nu. 25. 26.* ne sit in potestate patris debitoris & filij colludentium pro libitu fraudare creditores eo, quod e feudo ipsis alioqui solui debuisset, *toto tit. ff. quæ in fraud. cred. §. in fraudem, inst. qui & quib. ex causs. si locuples, ff. de manum testam. cum similib.* Secus est, quando dominus agnatis consentientibus filium quasi de novo beneficio investit: tunc enim ipsi feudum repudiata hæreditate retinenti nullum onus hæreditarium imminet, *d. c. 1. in fi. an agnat.* eam scilicet ob caussam, quia non fraudantur creditores, cum filius feudum de novo cōsequatur ab iis, ad quos ipso hæreditatem non suscipiente pertinebat sine ullo onere hæreditario, nempe agnatis, qui consentiendo ut filius quasi de novo beneficio investiatur, jure suo utuntur, prout etiam dominus cum consentientibus agnatis quasi de novo feudo investiens jus suum exequitur: juris autem executio non habet iniuriam, *l. iniuriarum, §. 1. ff. de iniur.* nec dolo, vel in alicuius fraudem facere videtur, qui jure suo utitur, *l. nullus videtur, l. nihil dolo, ff. de reg. jur.*

Ampl. III. Etiamsi † fœminæ succedant in feudo, nihilominus quando non sunt hæredes, ad æris alieni à defuncto relicti solutionem minime tenentur: cum per *d. c. 1. an agnat. & l. ult. C de hered. action.* quibus hic non immerito standum, cum & ratio subsit eadem, & casus iste non reperiatur exceptus: tum etiam, quia licet hujusmodi feudum in eo degeneret à natura feudorum, quod in eo fœminæ admittuntur, attamen in cœteris omnib. genuinam feudi naturam retinet illibatam, *c. 1. ubi Bald. & reliqui Dd. de feudo non hab. propr. f. n. nat. Alex. consil. 30. vol. 1. Alb. tr. Brun. consil. feud. 186. vers. cum trita. Menoch. lib. 3. præsumt. 95. numer. 2. & consil. 400 nu. 5. & 6. lib. 4. Schrad. de feud p. 2. c. 4. nu. 73. Vincent. de Franch. p. 1. decis. 7. n. 4. Borcholt de feudis, c. 4. numer. 34. Vultei. de feud. lib. 1. c. 8. numer. 53.* Vnde cum de natura feudi sit, ut successor ad æs alienum à defuncto relictum haudquaquam teneatur, idem in hoc etiam feudo obtineat necesse est. 4

Ampl. IIII. In feudo † emto: quamvis enim in eo degenerare videatur a natura feudi, quia non gratuito conceditur, sed mediante pecunia, non tamen fit hæreditarium, aut æri alieno obnoxium, sed quoad immunitatem ab ære alieno, cœteraque omnia propriam feudi naturam retinet, *Socin. in. l. Gallus, §. etiamsi parente ff. de liber. & post Zas. de feud. p. 12. numer. 21. Camer. in rep. c. imperialem, §. præterea ducatus, p. 790. vers. quinta & ultima species, de prohib. feudi alie. per Frid. Anton. Gabriel. lib. 2. commun. concl. tit. de feud. concl. num 2. Hart. Pistor. l. 2. q. 344. nu. 9.* adeoq; regulatur secundum omnes leges & consuetudines feudi, *Molin. ad consuet. Paris. §. 30. num. 100. in fi. dicens, ita generaliter velle omnes feudi-* 5

insi. dicens, ita generaliter uelle omnes feudistas, refert Clerus §. feudum, q.16. nu. 2. ac probatur evidenter per theoricam ex *c.1. & ibid. not. per Dd. de feudo non hab. prop. nat. feud.* paulo ante adductam, nec non tex. *c.1. de feudo guard. c.1. de natura feudi, c.1. de feud. datis mini. valuas. c.1. de benef. fratr. c.1. quemadm. feud. ad fil. pertin. c.1. §. sed & res, per quos fiat inuest. c.1. §. porro, qual. olim pot. feu. alie. c.1. vers. quod si, de fratrib. de nouo benef. inuest. c.1. de inuest. in marit. facta, cum concor.* quibus feudi emti fit mentio, nec tamen denotatur, id à cõmuni feudorum natura degenerare, nisi quatenus natura emtionis exigere dignoscitur, *d. c. 1. de nat. feud. c. 1. de feud. dat. minim. valuas.* Præterea sive quis emerit à priore vasallo domino consentiente, planum est, feudum nihilominus esse gratuitum, saltem respectu domini nullum pro feudo concesso, de quo ementem investit, pretium recipientis: Siue ab ipso domino, nihilominus id fidelitatis atq; seruitiorum præstandorum potius, quam pretij gratia præstatur, *c.1. insi. in quib. caussis feud. amit.* & sic magis amore & honore domini, quam prætextu pecuniæ quantumvis intervenientis quæritur: Proinde ne tum quidem pecuniæ interventꝰ impedit, quo minus vere feudum sit, feudiq; naturam sortiatur & retineat. Nec officit *c.1. de feudo dat. in vic. legis commis.* siquidem textus ille, sicut requirit, ut feudum amore & honore domini acquiratur, ita non negat, acquiri feudum amore & honore domini, licet intervenerit pecunia, *ut liquet ex c.1. de nat. feud. & c.1. de benef. fratr. cum simil.* Quod autem in casu *d. c. 1.* si pactum valeret, non tam amore & honore domini, quam prætextu pecuniæ feudum acquireretur, hinc evenit, quia feudum ibi quæreretur ut pœna debitoris pecuniam sua die non soluentis, quam cum propter evidentem iniquitatem ne quidem jus ciuile in pignoribus admittat, *l. ult. C. de pact. pignor.* mirum non est, pactum legis commissoriæ in pignoribus etiam jure feudorum esse reprobatum, *d. c.1. & c. penult. de capit. qui cur. vend.* vel eo magis, ne alioqui per indirectum admittatur, quod directò prohibitum reperitur, *Aluarot. in d. c. 1. numer. 1. de feud. dat. in vic. leg. commiss.*

Illud magis dubium, uter solvere teneatur debitum emtione feudi contractum, hæres, an feudi successor?
Quod † enim ab hærede sit solven- 6
dum, probari videtur. 1. Per regulam *l. ult. C. de hered. action. & c. 1. an agnat.* 2. Quia æs alienum in emendo feudo contractum, sive debeatur ex caussa emtionis, sive ex mutuo aliunde sumto ad solvendum feudi pretium, debetur obligatione personali, *l. 1.2.3. ff. de oblig. & action.* & obligatio personalis non sequitur eum, qui hæres defuncti non est, etiamsi occasione rei, sive cum respectu ad rem, in qua succedit, contracta sit, *l. ult. §. ult. ff. de contrah. emtor. l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. §. si quis vna, inst. de fideicom. hæred.* 3. Quia debitum in emendo feudo contractum oritur ex contractu defuncti, & ex contractu vnius alter non obligatur, *l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pact. l. 3. C. ne vx. prom.* nisi pro parte vel in totum successerit in universo contrahentis patrimonio, *l. pater, ff. de castren. pecul. l. 2. C. ad leg. Jul. de ui, cum simil.* 4. Cum quis emit feudum pro se & his, quos vna secum investitura compræhendi curat, perinde habetur, ac si pecuniam pro feudo solvendam dono dedisset his, in quorum gratiam feudum comparauit, *ut tradit post alios Harman. Pistor. lib. 2. q. 38. numero 63.* Dubium vero non est, hæredem facto defuncti quidpiam alteri donantis minime contravenire posse, *l. cum à matre, C. de rei vendic. cum simil.* Proinde æs alienum in emendo feudo contractum obtrudere successori feudi
vix poterit. Sed † verius est, id à 7
feudi successore solvendum esse, *ut post Andr. de Isern. in c. 1. an agnat.*

tenuit

tenuit *Albert. Brun. consil. feud. 104. Iacob. Toming. decis. 27. n. 35. & seqq. Teutberus q. 44. n. 12. sensitq́; Iacob. de S. Georg. de feud. verb. & dicti vasalli, n. 30.* Defunctus enim contrahendo debitum in emtione feudi, non suum modo, sed & eorum, quos vna secum inuestitura comprahendi curauit, negotium gessit, ita quidem, ut non modo emtore viuente jus in feudo succedendi habeant, sed & post ipsius obitum feudum ipsum consequantur: proinde siue pretium adhuc uenditori debeatur, siue uenditori solutum aliunde fuerit mutuo sumtum, quia tamen hoc debitum contemplatione successoris feudi, & propter ipsius vtilitatem contractum fuit, jure merito præstandum venit à feudi successore, *l. 2. l. si communes, ff. de neg. gest.* Quinimo generaliter proq; regula tradidit *Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princ. p. 84.* quoties vasallus vtiliter successoris feudi negotium gessit, releuando ipsum in onere, quod ei aliàs incubuisset, feudi successorem tali casu ad resartionem omnimodo teneri, *d. l. 2. d. l. si communes*: Deinde rationi congruit, ut in onere succedat, qui substituitur in honore, *c. rationi, de reg. iur. in 6.* & secundum naturam æquum, ut eum sequantur etiã incommoda rei, quem sequuntur commoda, *l. secundum naturam, ff. de reg. jur.* Proinde succedens in feudo, & reditus eius universos percipiens, etiam pretium, pro eo nondum solutum præstet oportet, vel eo magis, cum pretium loco rei sit, *l. quia qui pretio, ff. de vsufr.* resque ipsa videatur abesse, quamdiu pretium abest, *l. Labeo & Sabin. ff. de verb. signif.* & regula juris exigat, ut factum defuncti æs alienum feudi comparandi gratia contrahentis præstare debeat, qui feudum ex persona ipsius veluti lucrum capit, *l. ex qua persona, ff. de regul. jur.* Præterea feudi successor vel est filius, & præsumi vix potest, patrem donandi animo contraxisse debitum, in comparatione feudi: tum, quia defunctus hæredes minus onerare voluisse præsumitur, & in expendendis vel erogandis nummis proprijs quilq; solet esse liberalior, quam ubi pecunia non suppetit, sed aliunde mutuo sumenda, *l. unum ex familia, §. si rem, ff. de lega. 2.* Proinde repetendi potius, quam donandi animo pater sese obligasse videtur, cum ne quidem inter patrem & filium donatiò præsumatur, quoties coniectura subest aliud suadens, *l. Vesennius, ff. de negot. gest. M. not. h. & per eum relati lib. 3. de præsumt. præsu. 30. nu. 13. 14.* Tum, quia nisi debitum in emendo feudo contractum a filio feudi successore soluendum esset, magna resultaret inter liberos inæqualitas, quippe feudi pretio plerumq; non modicam bonorum hæreditariorum partem absumente: At magnæ inter liberos inæqualitatis euitandæ gratia præsumitur, patrem non habuisse donandi animum, *Bart. in l. si pater, in princ. ff. de donat. & in l. 1. §. nec castrense, nu. 11. vers. fallit in trib. ff. de collat. bonor. Bald. in l. filia, n. 11. C. famil. hercisc. Barbat. consil. 37. lib. 2. Alex. consil. 142. n. 26. lib. 2. Dec. in l. si donatione, C. de collat. Menoch. d. præsumt. 30. n. 2. Hartm. Pist. lib. 1. q. 19. n. 8. & 12.* quia parentes æque diligere liberos, & inter eos æqualitatem seruare velle censentur, *l. cum pater, §. pater plurib. ff. de lega. 2. l. quæsitum, §. sed & ipse Papin. ff. de fund. instruc. Hieron. Gabr. consil. 90. n. 21. & consil. 96. nu. 31. Decian. consil. 2. n. 85. & seqq. vol. 2.* Tum, quia ad hoc, ut donatio inter patrem & filium præsumatur, & valeat, aut morte vel emancipatione confirmetur, requiritur, ut intervenerit traditio, *l. 2. ubi gloss. C. si quis alteri vel sibi, l. Papinianus, ff. de donat. inter vir. & ux. Bart. in l. 1. §. nec castrense, n. 2. & 11. ff. de collat. Bald. in l. filia, n. 8. & 9. C. famil. hercisc. & in auth. ex testamento, nu. 22. C. de collat. Dec. in l. si donatione, num. 37. C. de collat. Alciat. de præsumt. reg. 1. præs. 32. n. 5. Crot. in l. frater a fratre, n. 89. ff. de condic. indeb. Gail. lib. 2. obs. 38. n. 14. Menoch. d. præsu. 30. n. 8.* & quod præsumta siue tacita donatio sine traditione non valeat, communis est interpretum sententia,

tentia, teste *Alex. in l. si aliquam, ff. de acquir. poss. Claro in §. donatio, q. 14. n. 4.* Hic autem pater sese quidem obligauit, pecuniam uero ex obligatione debitam minime tradidit: Quod si pretium aliunde mutuo sumsit, & venditori solvit, nihil ad rem facit ea solutio, eum de donatione ex eo, quod pater ad pecuniam in vtilitatem filij mutuo sumtam reddendam sese obligauit, præsumenda hic disceptetur, & pecunia mutuo sumta nunquam a patre reddita fuerit. Tum, quia si qua subesset in proposito pretij donatio non morte patris demum confirmaretur, sed ratione adjuncti, hoc est, feudi filiorum gratia comparati, etiam in vita patris valuisse intelligeretur, *ut post Andr. de Isern. tradit Camerar. in 1. dialogo, qui habetur post repet. d. c. imperialem, p. 869. & Hartm. Pist. lib. 2. q. 38. num. 65.* Ea uero, quæ pater filio sic donat, ut mox eo viuente donatio ualeat, filius reliquis hæredibus conferre tenetur, nec in illorum præjudicium lucrari potest, *Dd. in auth. ex testamento, C. de collat. Crauet. post alios cons. 125. n. 1. vol. 1. Hart. Pist. d. q. 38. n. 64. dicens id esse juris indubitati:* Et quod pretium feudi emti filius præcipuum habere nequeat, sed conferre teneatur, tenet *Andr. de Isern. in d. c. imperialem, §. præterea ducatus, & ibid. Afflict. n. 27. & maxime nu. 33. Camerar. d. dial. 1. Luc. de Penna in l. 1. C. de impon. lucrat. descrip. li. 10. Hartm. Pist. d. q. 38. nu. 64. 65.* Multo magis igitur id creditori patris etiamnum debitum solvere tenebitur, *arg. l. 1. §. sed an id, ff. de collat. bonor.* Aut uero feudi successor nō est filius, & multo minus donatio pretij præsumi debebit aut poterit, cum, quia nemo præsumitur jactare suum, *l. cum de indebito, versic. qui enim, ff. de probat.* & quęvis alia potius, quam donationis caussa pręsumitur, *l. contra juris, §. si filius, ff. de pact. l. cum Aquiliana, ff. de transact. c. super hoc, de renunt. Crauet. respons. 1. pro gene. n. 419.* ac ne tum quidem, cum quis in contractu cauit, ut post mortem suam res in obligationem deducta alteri præstetur siue restituatur, celebratam inter extraneos censeri donationem, tex. est notabilis *in l. donationes, §. eiusmodi, ff. de donat.* tum etiam, quia regulariter is, qui emit rem in gratiam alterius, eamq; illi tradidit, potest ab eo repetere pretiū, *Bart. in l. quæ dotis, num. 12. ubi post alios Alex. n. 18. dicens* omnes *in hoc sequi Bart. ff. solut. matr. Barb. consil. 22. lib. 1. Menoch. d. præsu. 30. n. 9. sensitq. Hieron. Gabr. cons. 62. n. 13.* Deniq; licet nullum inter creditorem & eum, cuius emolumento cessit aliena res vel pecunia credita, negotium sit contractum, tamen quoties æquum est & bonum, eam ab hoc reddi, ne cum alterius jactura fiat locupletior, constat, ab eo creditorem condictione sive actione repetere posse pecuniam, *l. si cum seruum, l. cum fundus, §. seruum tuum, l. si me & Titium, ff. si cert. pet. l. si quis mancipijs, in fi. ff. de institor. ubiq. Dd. Jas. in l. his solis, ff. de condic. indeb. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 1. gl. 5. num. 93. Toming. d. decis. 27. nu. 37. Teuber. q. 44. n. 12.* Quo fit, vt etiamsi feudi successor cum creditore defuncti non contraxerit, quia tamen ex pacto defuncti ad eum peruenit feudum, creditoris pecunia sive pretio comparatum, merito potest creditor ab eo pecuniam sibi debitam petere, *jur. præcit.* Posset quidem creditor experiri contra hæredem: Sed cum caussa, cuius gratia debitū contrahebatur, in hærede deficere videatur, siquidem donandi caussa sese defunctus haud obligauit, nec hæredi sed successori feudi in contractu prospexit atq; profuit, dum perfecit, vt excluso hærede feudum ad ipsum perueniret, insuper etiam feudi successor contractum in sui gratiam à defuncto initum acceptauit, emtum feudū suscipiendo, non videtur à ratione juris alienum, asserere, quod hæres exceptione se tueri possit, ne debitum solvere compellatur, *l. 2. §. circa primam, ibi, aut finita est, ff. de doli except: l. 1. §. sive autem, ff. de condict. sine caus. l. ex emto, §. ego illud, ff. de action. emti.* sed liberetur, cedendo actionē, quam habet contra feudi successorem, cum

sit pro regula traditum, eos qui tenẽtur propter actionem sibi competentem, liberari cedendo actionem, *l. quod debetur, ff. de pecul. l. quod si in diem, §. idem Iulianus, ff. de petit. hered. l. si sic, §. 1. ff. de legat. 1. cum simil. Crauet. consil. 109. n. 8. vol. 1.* Quoties autem is, contra quem competit actio, liberari potest cedendo actionem sibi competentẽ, creditor caussa circuitus euitandi etiam sine cessione agere potest contra eum, qui ex bono & æquo pecuniam reddere debet, ne cum aliena jactura locupletetur, *l. dominus testamento, ff. de condic. indeb. d. l. cum fundus, §. seruum tuum, vbi Bart. n. 6. Castr. n. 6. & seqq. Alexan. n. 8. & 9. ff. si cert. pet. l. manifestissimi, in princ. ff. de furt. Pancirol. consil. 37. n. 5. & 7. & in terminis Toming. d. decis. 27. n. 39.* communemq; *dicit Francisc. Aret. in d. l. si me & Titium, n. 2. ff. si cert. pet.* Vt omittam, contra debitorem hæreditarium agere posse creditorem recta via, quoties hęreditas cum inuentarij beneficio adita, vel hæres absq; inuentarij beneficio adiens nõ est soluendo, *secundum Cynum in l. 2. & ibid. Bart. Socin. not. 1. & alios, C. de pact. Vincent. de Franch. decis. 273. nu. 4. allegant l.* 8 *plane, §. qui rogatus, ff. de legat. 1.* Hinc † patet ad contraria responsio. Non enim obstat regula *l. vlt. C. de heredit. act.* quia non inficiamur, hæredem conueniri posse: verum non modo regressum is habet contra feudi successorem, sed & ob finitam obligationis caussam subterfugere solutionem potest excipiendo cedendoq; actionem sibi competentem. Minus officit *c. 1. an agnat.* quia feudi successor solvit huiusmodi debitum, non vt onus hæreditarium, quippe à quo est immunis, sed vt debitum vtiliter in rem ipsius contractum, *l. 2. ff. de neg. gest.* quod nisi reddere teneretur, contra naturalem æquitatem jurisq; rationem cum aliena jactura locupletaretur, *l. si eum seruum, l. si me & Titium, ff. si cert. pet.* Similiter admittitur, obligationem personalem, qua defunctus creditori tenebatur, non sequi successorem feudi: tenetur tamen alia obligatione ex caussa diuersa, puta, ex quasi contractu negotiorum gestorum contra ipsum nata, *l. 2. l. si communes, l. vlt. ff. de negot. gest.* Quin eo ipso, quod emtionem sui gratia contractam approbauit & acceptauit, vigore illius post emtoris obitum suscipiendo feudum, reddidit sese obnoxium æri alieno emtione feudi contracto, siquidem acceptans contractum ab altero celebratum, intelligitur adeoq; tenetur etiam acceptare singulas conditiones pactaq; contractum comitãtia quantumvis onerosa, *l. Caius, ff. de manumiss. l. sin autem, ff. de pact. Ias. in l. contra juris, §. si filius, num. 11. ff. de pact. Natta consil. 534. num. 2. consil. 636. n. 195. Crauet. consil. 245. n. 4. vol. 2.* Sic etiamsi detur, feudi successorem contractu defuncti cum creditore inito non fuisse obligatum, tamen propter acceptationem teneri cœpit, prout etiam ex quasi contractu negotiorum ipsius gestorum, & æquitate *l. si eum seruum, l. si me & Titium, ff. si cert. pet. l. ei qui, §. alioquin, C. quod cum eo.* Tandem nec obstat autoritas Hartmanni Pistoris, quem *d. q. 38. num. 63.* non eo de casu loqui, cum pater æs alienum contraxit emendo feudum in gratiam filiorum, apparet ex eo, quia subdit ibidem, pecuniam ita filijs tacite donatam ab eis conferri oportere: cum tamen constet, id quod alteri ratione feudi filio comparati etiamnum debetur, a filio conferri nec posse nec debere, *l. si seruum, § si modus, ff. de act. emt.* attamen ab hoc solo solvendum esse creditori, prout ab eodem conferendum esset, si fuisset à patre solutum, *arg. l. 1. §. sed an id, ff. de collat. bonorum.*

Sed hæc quidem obtinent, quando emtori succedit in feudo, qui tacite vel expresse fuit inuestitura compræhensus: At † cum post obi- 9 tum emtoris feudum aperitur domino, quia forte vasallus filium aut ex eo nepotem non reliquit, aliud statuendum videtur, nempe dominum ad æris alieni à vasallo

in emendo feudo contracti solutionem minime teneri: Sive enim defunctus ab alio vasallo domino consentiente emit, teneri de debito in emtione feudi contracto dominus haud potest, cum feudum non ex facto vel contractu defuncti, nec ex ipsius persona consequatur, ac defunctus comparando feudũ, neutiquam domini, cui feudum semper aperitur, quoties deficiunt investiti vel investitura comprehensi, *c.1.de benef.frat.c.1.quemadm.feu.ad filiam pert.c.1.§.etsi clientulus, de alie.feu.c.1.§.si aliquis, apud quem vel quos, cum simil.* sed suũ eorumve, quos in investitura secum comprehendi curauit, negotiũ gesserit, horumq; gratia debitum contraxerit, non autem domini, ad quem nec pecunia pervenit, nec vlla inde redundauit vtilitas: Proinde cum in eo cessent rationes, quibus euicimus, feudi successorem teneri solvere, insuper etiam præuidere tam potuerit emtor, quã debuerit, omnino futurum esse, ut feudum his, quos investitura noua comprehendit, deficientibus domino aperiatur, adeoq; feudũ hac ipsa de caussa, quia certi sunt modi, quibus ad dominum id revertitur, viliore pretio comparari soleat, nec hæredi emtoris, nec creditori aduersus dominum competere potest actio, præsertim cum contractus inter alios, nempe vasallum pristinum vendentem & defunctum emtorem, fuerit initus, eoq; domino, cui nihil inde quæritur, nocere sive præiudicare nec possit nec debeat, *toto tit. C. res inter alios acta*, nisi quatenus ipse consentiẽdo alienationi sibi præiudicauit, *l.si debitor, §.1. l.si consensit, in princ.ff.quib.mod.pig. cum simil.* Constat autem, quod consensu suo tantum in eo sibi præjudicarit, ne alienatio sit invalida, *c.imperialis, de proh.feu.alie.per Loth.c.imperialẽ, de proh.feu.alie.per Frid.* neue propter alienationem feudum sibi aperiatur, *arg.c.1.§.aut si libellario, quib.mo.feud.amitt.c.1.de vasal.qui contra const.Loth.c.a.quid juris si post alie.d.c. imperialem, §.callidis.* vtq; stabilis permaneat alienatio, etiamsi alienans & ipsius hæredes masculi decesserint, *c.1.§.si uero cum domini, de alien.feudi.*

Sive † dominus ipse vendidit, ne- 10
tum quidem ambigendum, eum pecuniam pro feudo acceptam creditori defuncti reddere minime teneri: Cessat enim hic quoq; rationes, ob quas feudi successor debiti in emendo feudo contracti solutioni est obnoxius: siquidem defunctus contrahendo debitũ comparatione feudi, suum duntaxat eorumue, qui fuerunt in investitura comprehensi, negotium vtiliter gessit, non autem domini, quem vllo feudi onere, quod alias ei incumbere potuisset, a defuncto releuatum esse tantum abest, ut defunctus ea potius intentione cum eo contraxerit, ut minimo quoq; pretio feudum ab eo consequeretur, *l.si voluntate, ibi, & quod emtor, C.de resc.vend.* Ac licet ipsi feudum aperiatur, non tamen id ex persona defuncti, nec ut lucrũ consequitur, sed recipit illud jure dominij semper in eo retenti, *c.1.§.quid ergo, iuncto §.ult.de invest.de re alie.facta.* Quare nec incommodum æris alieni eum sequi potest, nec fit locupletior cum jactura creditoris aut hæredis, quoniã vtrumque, feudum scilicet & pretium consecutus est ex caussa iustissima, illud jure dominij reseruati; hoc pro feudi, quod suum erat, concessione: Cuius porro consequens est, neutri adversus dominum competere posse actionem pro repetitione pretij, *arg.l.2.ff.de neg.gest.l.si eum seruum, l.si me & Titium, ff.si cert.pet.* Deinde si dominus æs alienum à vasallo in emtione feudi contractum solvere cogeretur, contract9 ex parte ipsius claudicaret, magnaq; resultaret iniquitas, contra *l.Iulianus, §.si quis colludente, ff.de actio.emt.l.si cum dies, §.sed etsi in aliquem, vers.absurdum enim, ff.de recep.arb.* siquidem dominus ex parte sua teneretur omnimodo præstare feudum venditum, eoq; donec investitura comprehensi viuunt, carere, & sic ad vnguem implere, quicquid ipsi vigore contractus incubuit: at e diuerso ex parte emtoris minime satisfieret, siquidem pretiũ non videtur acceptum sive datum, quod reddere necesse est, *l.non videtur quisquam, ff.de reg.jur.* nec censeri potest, ad eum

per veniſſe, quod penes ipſum nō erat remanſurum, *l. aliud eſt capere*, 71. *ff. de V. S.* Ac licet venditum feudum opinione citius domino rurſus obvenerit, non tamen id in conſideratione haberi debet aut poteſt, *c. in civitate, verſ. niſi dubiū, de uſur. l. ſi pater puellæ, ubi Da. C. de inoff. teſtam.* cum æque potuerit evenire, ut emtor liberos primi aut ulterioris gradus feudi capaces plurimos relinqueret, feudumq; tardiſsime ad domini poſteros rediret: Inſuper etiam hæc feudi quantumvis venditi natura ſit, ut his, qui ſunt inueſtitura comprænenſi, deficientibus, domino aperiatur, *c. 1. de benef. fra. cum concor.* Pretium autē ita in contractum venditionis deduci ſolet, eaq; intentione datur & accipitur, ut perpetuo venditoris remaneat, nec unquā revocari poſsit, *l. ex emto*, §. 1. *ff. de act. emt. l. 2. C. quando lic. ab emt. diſced. c. ad noſtram, de emt. c. illo, de pignor.* Præterea textus eſt *in c. 1. ae feud. guar.* ubi domino, qui feudum guardiæ vel caſtaldiæ poſt annū revocare poteſt, licitum perhibetur, huiuſmodi feudū revocare, etiam non reſtituto pretio, quod pro eo accepit: nec diſtinguit ibi text9, aliūde mutuo ſumtū fuerit pretium, an vero de ſuo ſoluerit emtor: Quod ſi rū reddere nō tenetur pretium, quando poſt anni lapſum renocare feudum poteſt, quanto minus reddere tenebitur, cum feudū ſine reuocatione revertitur ad dominum deficientibus inveſtitura comprænenſis. Suffragatur etiam *c. 1. in pr. de iis qui feud. da. poſſ. & c. 1. de nat. ſucc. ſeu. nec non c. 1. de feud. dat. minim. valuaſ.* ubi pretium pro feudo acceptum reddere dominus tunc demum tenetur, cum vaſallū ſine culpa deveſtit: at caſu noſtro vaſallum non deveſtit. ſed feudū ipſo jure ad eum deficientib9 inueſtitura comprænenſis revertitur: Proinde pretium reddere minime tenetur, *arg. l. 1. ff. de off. eius cui mand. eſt juriſd.* Deniq; ſenſerunt hoc ipſum *gl. Alvar. & Afflic. in c. 1. de fratrib. ae nov. benef. inueſt.* ubi alter fratrum feudum pecunia cōmuni acquiſiverat: in eo ne quidem pro parte dimidia, nedum in totum ſuccedere fratrem acquirentis perhibetur, ne forte invitus dominus aliū, quam quem devoluerit, vaſallum ſibi acquirat: additur tamē hæc reſtrictio, quod de communi expenſum eſt, alteri pro parte competenti reſtituendū eſſe: quod *gl. ult. ibid. & Aluar. n. 7. Afflic. n. 11.* ita interpretantur, fratrem, qui nequit in feudo ſuccedere, pro reſtitutione eius, quod de communi fuit expenſum, agere poſſe familiæ herciſcundæ, ſi communis fuit hæreditas, aut communi dividundo, ſi communio fuit rerum ſingularium, *l. ſi patruus, C. commu. utriuſq; jud.* coq; ipſo non obſcure præſupponunt, æs alienum in emendo feudo ab acquirente contractum, non à domino, ad quem feudum revertitur, ſed ab hærede acquirentis eſſe ſolvendum, quidē actio familiæ herciſcundæ vel communi dividundo locum non habet, niſi contra eum, qui actoris cohæres, *l. 1. l. cum putarem, ff. famil. hercīſc.* aut cum eo in communione fuit, *l. 2. 3. & paſsim toto tit. ff. commun. divid. l. 1. C. d. t.*

Quod † ſi prius aperiatur domino feudum, quā pretium fuerit ei ſolutū, hæres emtoris pretij ſolutionem ſubterfugere vix poterit: tum 1. quia firmiter ad id obſtrictus tenetur actione ex vendito: nec poteſt excipere, quod cauſſa obligationis finita ſit, quia ſemper contractus intelligitur initus ſecundum naturā rei ſuper qua contrahitur obligatio, *l. poſt mortem*, §. *tutor, ubi Bart. ff. quando ex facto tut. Pancirol. conſil. 139. n. 22.* feudiq; , ut aliquoties dictum, natura eſt, ut acquirente liberisq; per maſculos, deſcendentibus aut agnatis inueſtitura comprænenſis deficientibus, domino aperiatur, & quoties rei venditæ, (ut in propoſito feudi) natura incertum reſpicit eventū, tenetur emtor præſtare pretium, etiamſi parum vel nihil ex contractu venditionis conſequatur aut retineat: *tex. eſt not. in l. emtorem*, §. *ult. verſ. quemadm. ff. de action. emt.* Tum, 2. quia maxima foret iniquitas, venditorem teneri omnimodo ex parte ſua contractum implere, II

adeoq;

adeoq; reipsa impleuisse: emtorem autem vel ipsius hæredem pretij ex parte sua vicissim præstandi solutionem impune detractare posse, *l. 1. l. si idquod, §. ult. ff. de resisn. vend. l. Julianus, §. si quis colludente, ff. de action. emt.* Tum, 3. quia dubium non est, quo casu pretium solutum reperi nequit, eo casu etiamnum debitum peti posse, prestariq; debere, *l. emtorem, §. ult. ff. de actio. emt. iuncta l. 2. C. quando lic. ab emt.* Iuris enim & equitatis ratio pretij soluti repetitionem inhibens multo magis eius adhuc debiti solutionē requirit, ne magis hoc quam illo casu venditor absq; culpa sua damnum sustinere cogatur, nec officium data iamdiu solvendi pretij dilatione prestitum ei sit nociuū, *l. sed si quis, vers. sed est iniquū, ff. si cert. quemad. aperian. l. si seruus, §. quod uero, vers. idq; euidentius, ff. de furt.* neue sit conditionis melioris, qui soluere pretium neglexit, sive diu distulit, quam qui mature satisfecit, *l. nominē, ff. mand. l. sive hæreditaria, ff. de nego. gest.* At casu nostro pretium reperi minime posse, patet ex *c. 1. de feudo guard. tractato que post alios Thom. de Marin. de gener. & qual. feud. t. 28. de feudo guar. n. 3. & t. 29. de feu. castal. n. 5.* Quocirca dominus etiam feudo sibi aperto ad pretij solutionem agere poterit. Tum, 4. quia cessant hic etiam rationes contra feudi successorem antea ponderatę: Emtor enim ad pretium domino solvendum sese obligauit non ob domini, sed suam suorumue vtilitatem, nec alter alterius, sed quisq; proprium gessit in contrahendo negotium, *l. si voluntate, C. de rescind. vendit.* vti nec lucratiuo, sed oneroso venditionis titulo pecunia deberi cœpit, proq; ea necesse fuit, dominum tradere feudum, eoq; tamdiu carere, donec deficientibus investitura comprehensis ipsi rursus aperiretur: proinde nec maius onus, quam ei fuit in contractu impositum, agnoscere vel suscipere tenetur, nec videtur locupletior fieri cum iactura emtoris ad pretium feudi in contractu determinatum sese astringentis, *l. nemo videtur, ff. de regul. jur.* aut hęredis, qui defuncti factum nequit impugnare, sed omnimodo præstare tenetur, *l. cum à matre, C. de rei uend. l. si ab eo, C. de lib. causs.*

Ampliatur V. in † feudo nouo: quamvis enim in hoc succedens regulariter teneatur esse hæres defuncto, etiamsi sit agnatus, ut ostensum exercit. præcedenti lim. 3. tamen cum nonunquam eveniat, ut excluso feudi successore hæreditas ad alium pertineat, ambigendum non est, quin eo casu feudi novi successor æs alienum defuncti solvere minime teneatur, *c. 1. an agnat. l. ult. C. de hared. act. Schrad. de feud. p. 7. c. 7. n. 37. vers. secundo.* Nec obstat, quod feudum nouum non hæreditarium fere in omnibus hæreditario feudo æquiparetur, *ut docet post alios Marin. Frecc. lib. 2. autorit. 29. Vincent. de Franch. decis. 368. num. 4. p. 2. Joan. Thom. de Marin. de gener. & qualit. feud. t. 3. de feud. ex pac. & prouid. nouo, num. 16. vers. præterea ex alio:* & quod vnumquemq; in feudo licet non hæreditario succedentem oporteat esse primi acquirentis hæredem mediate vel immediate, *ut post alios pro regula tradidit Joan. Thom. de Marin. d. t. 3. de feud. ex pac. & prouid. nouo, nu. 19.* Hæc enim non ita sunt accipienda, quasi quodvis feudum nouum sit hæreditarium, aut nemo possit in feudo non hæreditario succedere, nisi reuera primi acquirentis hæres fuerit: sic enim intellecta plane repugnarēt naturæ feudi non hæreditarij, non minus à primi acquirentis, quam sequentium feudi possessorum hęreditate prorsus diversi ac separati, nec quicquam per sese cum vllius hęreditate commune habentis, *c. 1. an agnat. c. filius, de capit. qui cur vend.* Sed hęreditario nouum feudum hactenus æquiparatur, ut primus acquirens facto suo præiudicare sive nocere successori possit in feudo nouo: eoq; saltem respectu omnes primo hæredes esse oportere perhibetur, quatenus factum primi cuiq; in feudo succedenti preiudicat, sive quatenus dispositis a primo acquirente stare quisq; tenetur: *Ita singulariter*



gulariter hæc interpretum dicta declarat Camerar. in repetit. d. c. imperialem, §. præterea ducatus, in tertia specie feudi hæreditarij, p. 783. & 787. & Joan. Thom. de Marin. t. 1. de feud. ex pact. & provid. num. 25. ibi, saltem ut exequatur: idemq; sensit Vincent. de Franch. p. 1. dec. 1. n. 31. 32.

13 Quod † si creditores hæreditarij non possint aliunde, quod sibi debetur, consequi, videtur æquius & verius, eos in subsidium contra feudi novi successorem, quem ab hæreditate sua debitor exclusit, habere regressum, per ea quæ ex *Capic. decis. 199. n. 5. & Vincen. de Franch. p. 1. dec. 1. num. 26.* antea notavimus, ne sit in potestate defuncti excludendo feudi successorem ab hæreditate, eamq; alij deferendo illum in fraudem creditorum liberare ab onere æris alieni in defectu bonorum hæreditariorum è feudo novo solvendi, *l. 1. 2. 3. 4. l. qui autem, §. simili modo, l. hac in factum, ff. quæ in fraud. cred.*

14 Ampliatur VI. Etiamsi maxima necessitate urgente debitum à defuncto fuerit contractum, nihilo magis id feudi successor solvere tenebitur: hoc enim non modo suadet regula *d. c. 1. an agnat. & l. ult. C. de hæred. actio.* verum etiam ex eo patet, quia necessitas unius conditionem alterius deteriorem reddere, sive jus ei competens tollere vel minuere neutiquam potest, *l. pete, §. prædium, ff. de lega. 2.* Unde communiter interpretes nostri statuunt, etiamsi vasallus urgente summa necessitate feudum alienaverit, adeoq; dominus ipse consenserit, non tamen id agnatis obesse posse, quo minus post mortem alienantis feudum nullo dato pretio revocare possint: quam sententiam comprobant & allegationibus ornant *Hartm. Pistor. lib. 2. q. 6. num. 54. Schrad. de feud. p. 8. c. 5. n. 11. usq; ad 19. & c. 6. n. 1.* Quod si pecuniam constituto in necessitate datam ne quidem eo casu, cum feudum ipsum pro pecunia consequenda fuit alienatum, dominusq; consensit, reddere tenentur, certe multo minus pecuniam defuncto in necessitate constituto suppeditatam reddere tenebuntur, quando nec dominus consensit, nec debitor feudum pro pecunia adipiscenda alienavit, imo nec oppignoravit, sed à nexu pignoris liberum ad mortem usq; retinuit: Longe namq; facilius est & favorabilius, retinere, quam rite distractum sive alienatum recuperare, *l. 2. C. de fideic. l. per retentionem, C. de usur. Cravet. post alios consil. 148. n. 2. vol. 1.* Ut omittam, esse tam frequens, aut etiam frequentius, ut necessitate demum exigente contrahantur debita, quam ut citra ullam necessitatem æri alieno sese quis reddat obnoxium: Unde si regulæ *d. c. 1. an agnat.* non esset illo casu locus, limitatio pene major sive amplior foret, quam regula, quod est contra *l. nam ad ea, ff. de legib. & notata in l. 1. ubi Dec. n. 10. de reg. jur.*

Ampliatur VII. Licet in *d. c. 1. an agnat.* saltem de agnato disponatur, eum, si non sit hæres, non teneri solvere debitum hæreditarium, dubium tamen non est, etiam dominum creditoribus vasalli minime teneri, quoties feudum ad ipsum revertitur. 15
Andr. de Isern. in c. 1. §. quid ergo, ubi Laudens. n. 9. Alvar. n. 3. & reliqui, de invest. de re alien. fac. Jacob. de S. Georg. de feud. verb. qui quidem investiti, n. 64. Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princ. vers. alia vero sunt onera feudatarij, p. 86. Albert. Brun. consil. feud. 196. Natta consil. 615. num. 7. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 30. nu. 159. Gail. lib. 2. obser. 117. n. 2. & 4. & lib. 2. de pace publ. c. 17. nu. 16. Chilian. König in processu, c. 103. sub t. von der hülffe auff Lehngütter. *vers. præterea, Coler. de process. exec. p. 2. c. 3. num. 286. 287. Cacheran. decis. 156. n. 9. & seqq. Vincen. de Franch. p. 1. decis. 74. n. 14. Toming. decis. 27. nu. 18. Mozius de feud. sub tit. ex quib. causs. feud. amitt. n. 123.* Si namq; agnatus æris alieni solutioni non est obnoxius, qui defuncto in feudo succedit, multo minus eidem obnoxius esse potest dominus, qui non tam defuncto succedit, quam quod suum erat, recuperat, *c. 1. de benef. fratr. c. 1. §. deniq. quæ fuit prima caus. benef. amitt.* Cumq; agnatus ideo non teneatur,

quia

quia defuncti contractus eum obligare nequiuit, *l. 3. C. ne uxor pro mar.* & æs alienum a defuncto relictum est onus hęreditatis, in qua non succesit, non autem feudi, quod obtinuit, *d. c. 1. an agnat. l. ult. C. de her. act.* eademq; ratio pro domino peræque militet, in hoc quoq; jus idem obtineat necesse est. Quod si domino debita vasalli soluere teneretur, posset hic domino quam maxime prçjudicare, feudiq; conditionem sine ipsius voluntate deteriorem reddere, cum tamen eum talequid facere minime posse, textus sit expressus in *d. c. 1. §. quid ergo, & §. è contrari, de inuest. de re alie. fact.* Constat insuper, vasallū debita domini soluere minime teneri, *tex. not. in c. licet, vbi præ ceteris Matth. de Afflic. n. 5. si de feud. fuer. contr. inter do. & agn. Aluar. in d. §. quid ergo, n. 3. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 30. n. 146. Clar. §. feudū, q. 24. n. 1. Schrad. de feu. p. 9. c. 8. n. 9.* communemq; *dicunt Albert. Brun. cons. 10. e. vers. quarto, ibi, cum secundum communiter Dd. Zas. de feud. p. 7. n. 47. Vasq. lib. 1. controuers. illustr. c. 6. n. 6. Laur. Kirchouius lib. commun. opin. lit. V. vers. vasallum non teneri.* Quare nec dominus vasalli debita soluere tenebitur, siquidem dominus & vasallus regulariter ad paria iudicantur, *c. 1. §. dominus, de forma fidelit. Afflic. in c. 1. §. donare, n. 37. qualit. pot. olim alien. feud.* pariq; jure censentur, *Cravet. cons. 241. n. 7. vol. 2. Gaill. lib. 2. obser. 34. n. 3.* & in vno dispositum, censetur etiam in altero dispositum. *Aluar. in c. 1. §. prætorea, n. 3. quid sit inuest. Afflic. in c. 1. n. 13. de form. fidelit. & decis. 265. n. 2.* Neue opus sit pluribus, probatur per textum *c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amit.* vbi vasallus minus medietate feudum pignori obligauerat, quod olim absq; consensu domini licebat, *c. 1. §. aut si libellario, quib. mod. feud. amitt.* nihilominus domino apertum sibi postea feudum ita recuperat, ut creditor, qui pignus acceperat, nullo jure aduersus dominum se tueri posset. Non igitur æs alienū, pro quo vasallo feudum obligauerat, soluere dominus tenetur, alioqui creditor feudum oppignoratum tamdiu retinere posset, donec dominus vasalli debitum solueret, cum sit certi juris, creditorem retentione pignoris & exceptione doli opposita se tueri posse, quamdiu repetens rem oppignoratam non soluit, quod debet, licet pro eo debito pignus non sit obligatum, *l. vn. vbi Dd. C. etiam ob chirogr. pecun. pign.*

16 Aduertendum † insuper, licet feudum hęreditarium, quando vasalli filius aut agnatus in eo succedit, ab oneribus hæreditarijs non sit immune, tamen cum ad dominum reuertitur, creditores hæreditarij aduersus eum agere non poterunt, *Carol. Molin. ad consuetud. Paris. t. 1. §. 30. num. 150.* cum id non vt hæres, sed vigore dominij reseruati consequatur, & respectu domini feudum hæreditarium genuinam feudi naturam retineat, *vt notant Hartm. Pist. & per eum allegati lib. 2. q. 1. num. 97. 98.*

17 Ampliatur VIII. Etiamsi non obitu debitoris, sed alia quapiam de caussa feudum ad dominū aut agnatum deuoluatur, nihilominus id liberum absq; onere æris alieni obtinebit, *Carol. Molin. d. §. 30. n. 150. Marin. Freccia de sub. feud. lib. 2. aut. 26. num. 7. Mez. de fend. sub rub. ex quib. causs. feu. amitt. n. 123.* Tum, quia subest hic eadem ratio, cum feudum sit ab hæreditate planè diuersum, nec ex contractu debitoris agnatus aut dominus obligari potuerit, *l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pact.* eoq; nec vlla inde aduersus eum actio creditoribus competere queat, *l. 1. §. si heres, vers. neq; enim, ff. ad Trebell.* Tum, quia dispositio *d. c. 1. an agnat.* non fundatur in eo, quod obierat debitor, sed quia duntaxat in feudo succedebat agnatus: quod cum hic etiam vsuvenire dignoscatur, æris alieni onus eum sequi minime poterit. Tum, quod alioqui domino vel agnato, minime consentienti debitor in feudo graue præjudicium inferret, quod jura non admittunt, *c. 1. §. quid ergo, cum §. sequent. de inuestit. de re alien.* Tum, per text. *c. 1. §. rursus, quibus*

quibus mod. feu. amitt. ubi debitor do-
minio refutavit feudum, nec tamen
creditor, qui id ipsum prius ab eo
pro pignore acceperat, ullo jure ad-
versus dominum se tueri potest, con-
tra quem tamen omnino retentionis
& exceptionis ope tutus esset, si debi-
tum Vasalli refutantis dominus sol-
vere teneretur, *l. u. C. etiam ob chirogr.*
18 *pecun. pignus teneri posse.* Ac † licet
hoc admisso, videatur liberum fore
debitori allodialia pauca vel nulla ha-
benti efficere, ne creditores, quod
ipsis debetur, consequantur, non ta-
men videtur ambigendum, si vere
vel præsumtive constet, animo frau-
dandi creditores eum fecisse quid, aut
omisisse, ut feudum amitteret, cre-
ditores tunc adversus dominum aut
agnatum agere posse, saltem ad hoc,
ut quod a debitore consequi neque-
unt, de fructibus feudi in ipsorum
fraudem ad alterum devoluti conse-
quantur, prout etiam inde satisfieri
potuisset atq; debuisset, si fraus de-
bitoris non intervenisset: Nam
si maxime dominus aut agnatus non
fuerit conscius fraudis, feudum ta-
men ob fraudem creditoribus a debi-
tore factam ei longe citius obvenit,
& quidem sine titulo sive caussa o-
nerosa, quàm alioqui fuisset obven-
turum: Proinde quan diu debitor
& liberi eius feudum alioqui retinuis-
sent, tam diu creditoribus de fructib.
feudi, quos dominus aut agnatus a-
liàs cum ipsorum jactura lucraretur,
jure merito satisfit, *l. quod autem, §. sio
mali modo, cum §. seq. l. ait prætor, §. si
cum in diem, ff. quæ in fraud. cred. sensitq;
præ cæteris Matth. de Afflict. in c. 1. §.
quid ergo, numero 7. de invest. de re alien.
fac.* Et in hunc modum sustineri
potest, quod asserit *Vincen. de Franch.
decis. 74. numero 14.* dominum, cui Va-
sallus post contracta debita feudum
refutavit, teneri ad ea debita: Cum
enim refutatio sit abdicatio feudi
voluntaria, præsumitur in fraudem
creditorum fieri, si refutet is, qui
nequit aliunde satisfacere: aliàs e-
nim constat, dominum haud qua-
quam teneri ad onera sive debita
per refutantem contracta, *ut est tex.
not. in c. 1. §. rursus, quibus mod. feu. a-
mitt. sensitq; Camerar. in repet. d. c. im-
perialem, p. 241. vers. bene tamen puto.*
Quod si de animo sive intentione
fraudandi nec vere nec præsumtive
constet, etiamsi debitor solvendo
non sit, conqueri tamen juste cre-
ditores vix possunt, quod regressum
contra dominum aut agnatum non
habeant, *Afflict. loc. rel.* cum semper
jure civili fraudes interpretatio non
ex eventu duntaxat, sed ex consilio
quoq; desideretur, *l. fraudis inter-
pretatio, ubi Dd. ff. de regulis juris l. si
quis cum, ff. quæ in fraud. cred. §. in fraudem,
inst. quib. ex causs. manum.* & ipsi ni-
hil omnino juris habeant in feudo,
c. 1. an agnat. sed personalis modo con-
tra debitorem competat eis actio, quã
paupertas debitoris inanem reddit,
l. nam si nullam, ff. de dolo mal. & domi-
nus vel agnatus feudum citra frau-
dem creditoribus à defuncto factam
ad sese devolutum capiendo, æris que
alieni solutionem recusando utatur
jure suo, *d. c. 1. an agnat. c. Titius, si de
feudo defun. cont. sit. c. 1. de feu. guar.* pro-
inde nulli creditorum injuriam faciat,
*l. nullus videtur dolo, ff. de regulis juris l. in-
juriar. §. 1. de injur.* ac damnum, si quod
sentiunt, creditores sibimet ipsis im-
putare debeant, *c. damnum, de regulis
juris in 6.* qui cum tali contraxerunt,
cujus bona sunt feudalia, quive cul-
pam, qua feudum perdat, facile com-
missurus esset, *l. qui cum alio, ubi Dd.
ff. de reg. jur.* Et hoc demum casu vera
videtur assertio *Molinæi d. §. 30. num.
130.* statuentis, actionem revocato-
riam non habere locum contra domi-
num jure feudali feudum sibi commis-
sum occupantem, quia solum quod
sibi debetur, quodq; suum est, recipiat,
*l. qui autem, §. apud Labeonem, ff. quæ in
fraud. credit.*

Ampliatur IX. Quamvis non
desint, qui debita ratione servitio-
rum domino exhibitorum contra-
cta censeant à feudi successore sol-
venda esse, *Bald. in l. 2. numero 5. C.
commun.*

commun. de legat. Afflict. in c. 1. n. 11. an agna. Ioa. Tho. de Marin. de feu. gen. & qual. t. 2. de feu. ex pact. & provid. antiq. n. 64. idemq́; sentire videatur Ripa in l. obligatione, n. 38. ff. de pignor.
19 Contaria † tamen sententia, quod ne quidem de talibus debitis teneatur, verior est, quam præ cæteris amplectitur *Camer. in repet. d. c. imperialem, in princ. vers. alia vera sunt, pag. 86. Hart. Pistor. lib. 2. q. 6. n. 69. Toming. decis. 27. n. 30. Ioa. Koppen decis. 39. n. 33.* Etsi namq́; debitor ob feudum servitia præstiterit †, eoq́; isthæc debita quodammodo occasione feudi contracta videantur, attamen hac ipsa de caussa, ut fideliter domino serviret, feudum obtinuit, eiusq́; reditus universos percepit, *c. 1. de vasallo mil. qui ar. bellic. c. 1. infi. in quib. causs. feu. amit. c. 1. an mutus vel aliàs imperfec.* Quare cum debita contraxerit, ut pro emolumentis e feudo perceptis vicissim præstaret, quod ex parte sua implendum erat, non potest alius præter ipsum & hæredem ipsius teneri creditoribus cum debitore, non autem his, ad quos feudum transit, contrahentibus, ne penes ipsum debitorem, vel, quod in idẽ recidit, hæredem, qui personam eius repræsentat, in effectu sit utrumq́;, videlicet, feudum tempore servitio-
20 rum præstitorum possessum, eiusq́; reditus, & id, quod vasallus ex parte sua præstare vicissim debuit, *l. naturalis, & ibid. not. per Dd. ff. de præscr. verb. & l. 1. ff. de condic. causs. dat. causs. non sec.* siquidem contractus, præsertim bonæ fidei, non patitur, ut alter contrahentium ex parte sua non satisfaciat, & nihilominus quod accepit retineat, *l. emtorem, §. ibidem ait, ff. de action. emt.* Deinde sive agnatus in feudo successerit, non potest ad huiusmodi debita teneri, cùm, quia servitiis illis, quorum gratia supponuntur esse contracta, necesse, nec fuit obnoxius, siquidem eo tempore, quo feudum nondum habet, servire minime tenetur, *arg. c. 1. & ibid. not. per Dd. de feudis, in antiq. decretal. c. 1. de vasallo, qui contra const. Loth.* tum etiam, quia præstatio servitiorum, pro quibus contracta fuere debita, nihil eum relevat, nec quicquam inde commodi sentit, cum nihilominus ipse, postquam successit, servitia deinceps præstare teneatur, quoties & quandocunq́; dominus indigebit, *c. 1. §. sed non est alia, qua fuit pri. caus. benef. amitt. c. 1. an mutus vel aliàs imperf.* Sive domino feudum fuerit apertum, sentit is quidem commodum e servitiis sibi præstitis, non tamen ideo solvere tenebitur æs alienum ea de caussa contractum: tum, 1. quia commodum hoc non ex lucrativa, sed onerosa caussa sentit, quandoquidem pro eo vicissim feudi commoda universa servientem lucrari permisit: Proinde cum ipsi tantundem vel plus eam ob caussam abesse dignoscatur, neutiquam censeri potest, cum ex pecunia debitoris aut creditoris locupletiorem esse factum, eoq́; neutri adversus eum actio competere potest, *Arg. l. si pupilli, in prin. l. sed an ultro, ff. de negot. gest. l. si eum servii, l. si me & Titium, ff. si cert. pet.* Tum, 2. quod alioqui pro uno & eodem emolumento duplex incommodum sustinere, adeoq́; bis idem resarcire cogeretur, carendo primùm feudi fructibus non etiam æs alienum solvendo: cum tamen ratio juris non admittat, ut quis pro eo satisfacere denuo compellatur, pro quo semel antea satisfecit, *c. bona fides, de regu. jur. in 6. cum simil.* Tum, 3. quia dominus, cui præstita fuere servitia, commodum sibi a vasallo pro feudo debitum recepit, & vasallus ea de caussa pecuniam aliunde mutuo sumens, non in rem domini sese obligavit, sed proprium negotium gessit: proinde nec ipsi, nec creditori dominus quicquam reddere tenebitur, *l. 2. ff. de neg. gest. l. qui autem, §. sciendum, ff. quæ in fraud. credit. l. nihil dolo, ff. de reg. jur.* Tum, 4. quia constat, vasallum domino servire debere propriis sumptibus, *ut post Jacob. Ardiz. & alios tradit Alvarott. in c. 1. in princ. num. 7. de nova for. fidelit. Jacobin. de S. Georg. de feud. verb. & promiserunt, num. 1. Zas. de feud. p. 7. numero. 44.*

Alberti

Albert. Brun. consil feud. 190. uers. quartò Camerar. in repetit. d. c. imperialem, in princ. uers. tu autem dic, pag. 262. Schrade. de feud. p. 6. c. 6. num. 15. VVurmser. lib. 1. pract. observ. t. 50. de feud. obser. 31. Borch. de feud. c. 1. n. 26. Vultei. de feud. lib. 1. c. 10. num. 34. Quare suppeditans ei sumtus huiusmodi, non nisi ab ipso vel ipsius hærede potest eos repetere, cum ad sumtuum suppeditatorum resartionem nemo teneatur, nisi qui tantundem aliàs de suo erogare debuisset, *l. 2. C. de alim. pupillo præstan. l. in fundo, ff. de rei vend. l. impensa, ff. de verb. signif. cum simil.* Nec obstat *l. cum fides, ff. de fideicom. libert.* quam Bald. & Afflic. pro se allegant: Loquitur enim de alienatione necessaria, cum hîc sit obligatio voluntaria, quoniam de feudi servitiorum gratia dati reditibus sumi debuisset, quod servitijs præstandis impendendum fuit: Rursus illic tacita sive præsumta voluntas defuncti concurrebat, cum hîc e diverso dominus nihil minus voluerit, quam servitiorum a vasallo præstandorum caussa feudi conditionem deteriorem fieri.

20 Quæ † verò de debitis ratione servitiorum contractis dicta sunt, ea obtinent etiam in debitis ratione collectarum, decimarum, tributorumq; pro feudo solvendorum contractis: militant enim hîc eædem rationes, cum hæc impendia sint onus fructuum, *l. neq; ff. de impens. in res dot. fact. l. si pendentes, §. si quid cloacarij, ff. de usufr.* & ab ipso vasallo, quam diu fructus feudi percipit, non a domino vel agnato succedente solvi debeant, *Bald. in c. 1. §. noui vero, ante n. & ibid. Laudens. n. 14. Afflict. n. 20. Aluarot. nu. 2. vers. & ideo, per quos fiat invest. Andr. de Isern. in c. 1. verb. argentaria, quæ sint regal. Jas. in l. 1. num. 33. C. de jure emphyt. Hart. Hartman. lib. 2. t. de feud. obser. 31.*
21 *Guid. Papi. decis. 304.* Porrò † licet aliquando vasallus non proprijs, verum domini sumtibus servire teneatur, tamen agnatus in feudo succedens ne tum quidem solvere tenebitur debitum a defuncto contractum propter huiusmodi sumtus: Sicut enim servitijs temporis illius, quo feudum nondum habuit, ita sumtuum ijsdem necessariorum suppeditationi vel contributioni minime potest obnoxius esse, nec pecunia creditoris agnato quicquam profuit, quandoquidem inde nec ipse sensit emolumentum, nec feudi conditio fuit melior facta: Proinde cum in rem ipsius debitum non fuerit utiliter contractum vel impensum, agi contra eum vix poterit, *l. 2. l. sed an ultro, ff. de negot. gest.* Nec vero quicquam fuerit iniquius, quam negligentiam defuncti debitos a domino sumtus non petentis obesse non hæredi personam eius repræsentanti, sed agnato, contra *l. non debet alteri, & l. factum cuiq; ff. de regul. jur. cum simil.* Quod si tale debitum solvere cogeretur, haud leviter ei super feudo præjudicassent dominus atq; defunctus, quorum commodo cessit pecunia credita: cum tamen sit juris manifesti, vasallum ne quidem consentiēte domino posse agnato præjudicare, vel ipsius conditionem facere deteriorem, *c. 1. §. hoc quoq; de success. feud. c. 1. § è contrario, de invest. de re alien. fac. c. 1. in princ. de alien. feud. paterni.*

Quocirca † licet creditor viuente debitore missus esset in possessio- 22
nem feudi ad fructus percipiendos, tamen hoc prius decedente, quam illi satisfactum esset, non posset retinere feudum creditor, etiamsi debitum fuerit in utilitatem domini versum, sed protinus agnato succedenti liberum restituere teneretur, per ea quæ in exercit. præced. lim. 6. fuere tradita. Quamvis enim executione in feudum facta pignoris id jure teneri videatur, *l. 1. & t. t. C. si in caus. iudic. pign. cap. sit. l. non est mirum, ff. de pignor. act. traditq; Salic. in auth. ei qui, C. de bon. aut. jud. possid. Alex. in l. si finita, §. si de vectigalib. ff. de dam. infec. Aluarot. in c. imperialem, in princ. num. 16. de prohib. feud. alie. per Fred. Gaill. lib. 1. observ. 117. nu. 6. vers. non obstat: & lib. 2. de pace publ. c. 17. n. 15. vers. ex recitata. Schrad. & per*

eum

eum allegati in tract. de feud. p. 8. c. 1. numer. 28. Moz. de feud. sub rubr. ex quib. caus. feud. amitt. num. 129. Vultei. lib. 1. de feud. c. 10. num. 57. tamen cum jus illud evanescat, simul atq; feudum ad agnatum, cuius in præjudicium conditio feudi deterior fieri minime potuit, pertinere cœpit, *c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amitt. iuncta c. 1. §. è contrario, de inuest. de re alien. fac.* & creditor exceptione doli agnatum excludere nequeat, quoniam nihil dolo facit, qui suum petit, quodq; non debet, soluere detrectat, *l. nihil dolo, l. nullus videtur, ff. de regul. jur.* vtiq; creditor feudum pro debito defuncti nōdum soluto retinere nullo jure poterit, siquidem ne pignus quidem pro pecunia sine pignore debita retineri potest contra tertium, *l. vnic. in fin. & ibid. gl. Jas. de Rauen. Ioa. Fab. Ang. Bald. num 3. ac post alios Donell. num. 5. vers. quo exemplo, C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. posse. Neguz. de pignor. p. 5. mem. 3. nu. 46. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1.*
23 *§. 1. gl 9. num. 35.* Contra † dominum autem agere posse videtur creditor, quia licet huic non intercesserit cum illo negotium, *l. si in area, ff. de condic. indeb.* nec alicui detur eam duntaxat ob caussam actio aduersus alterum, quod illius pecunia, cesserit huius commodo, *l. vt fidejussor, ff. de fidejussor. l. cum alter, C. d. t. d. l. si in area, l. sumtus, ff. de rei vend. l. in hoc judicium, §. 1. vers. diuersum, ff. commun. diuid. Francisc. Aretin. in l. creditor, num. 1. ff. de pignor. act.* nec domini, sed vasalli pecuniam accipientis contemplatione creditor contraxerit, eoq; vasallus principaliter sit obligatus, *l. cum qui, C. si cert. pet.* tamen cum non suum, sed domini negotium gesserit, quatenus in rem domini pecuniā aliunde mutuo sumsit, & vtiliter erogauit, *l. 2. ff. de neg. gest.* nō immerito creditor habet actionem contra dominum, quatenus in rem eius pecunia processit, *per textum singularem in l. ei qui, §. alioquin, vbi gl. & Dd. C. quod cum eo. gl. in l. si pupilli, §. 1. vbi Bart. & reliqui, ff. de negot. gest. facit l. dominus testamento, ff. de condict. indeb.* Proinde † si vino debitore creditor in pos- 24
sessionem feudi missus fuit, negari quidem vix potest, jus illud pignoris, quod immissione ex caussa iudicati facta creditor est consecutus, extinctum esse, simul atq; feudum domino fuit apertum, *c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amitt. c. 1. § quid ergo, & §. seq. de inuestit. de re alien. fac.* tamen exceptione doli se tueri posse videtur creditor, ne restituere feudum teneatur, nisi dominus feudum vendicans, cuius in rem pecunia versa fuit, prius ei satisfaciat: id quod manifeste sentiunt asserentes, etiam aperto feudo durare jus creditoris immissi, cum docere potest, creditum fuisse versum in vtilitatem domini, *Martin. Laud. in d. c. 1. §. quid ergo, numer. 12. de inuestit. de re alien. fac. Jacob. de S. Georg. verb. & dicti vasalli, numer. 39. versic. limitabitis. Gaill. lib. 1. obseru. 117. numer. 4. Moz. de feud. sub rubr. quæ actio oria. ex feudo, numer. 13.* Quamvis enim creditori feudum non sit obligatum, dolo tamen facere videtur dominus, qui creditum in vtilitatem suam versum reddere recusat, nihilominus feudum, quod pecuniæ sibi non redditæ caussa iuste tenet creditor, ab eo repetit, eoq; contra naturalem æquitatem non modo locupletior fieri conatur, cum jactura creditoris, *l. si quis mancipijs, §. Proculus, ff. de institut. l. apud Celsum, §. idemq; ff. de exception. dol.* verum etiam eodem jure vti non vult, quod ipse in alterum statuit, *t. t. ff. quod quisq; jur.* Dubium vero non est, exceptionem doli justam possidenti siue detinenti caussam retinendi præstare, *l. vn. C. etiam ob chirogr. pecun. l. 1. in princ. versic. si tamen, ff. quib. mod. pignor. vel hyppot. solut. §. certe, instit. de rer. diuisio. cum similib.* Suffragatur inprimis textus *l. emtor, ff. de rei vendic.* vbi emtor pretium creditori soluerat, non vt quenquam sibi obligaret, siue negotium alterius gereret, sed vt seipsum obligatione per venditionem contracta liberaret, eoq; licet domino simul profuerit,

qua-

quatenus eius pecuniæ solutione desijt obnoxius esse creditori, qui pignori datum prædium habuit, non tamen aduersus dominum ei competere videtur actio, *l. in hoc iudicium, §. 1. vers. diuersum, ff. commun. diuid. l. cum alter, C. de fidejuss. l. ut fidejussor, ff. d. t.* nihilominus contra dominum vendicantem potest emtor exceptione doli se tueri, ne prius restituere prædium cogatur, quam si pecuniam creditori solutam recuperauerit. Quanto magis igitur casu nostro creditor, cui contra dominum competere videtur actio, exceptionis ope se defendere poterit. Quinimo pro regula jure nostro videtur obtinere, domino rem suam repetenti restitui prius non oportere, quam versum in rem suam resarcituerit ei, qui propter id creditum est in possessione rei, *l. si creditor, ff. de pignor. act. l. testamento, §. quatuor, ff. de legat. 2. l. vtere, l. si prædium, C. de prædijs & alijs reb. min. l. 1. C. si aliena res pign. l. 1. C. si vend. pignor.* Huc etiam facit, quod retentio longe facilior est & fauorabilior, quam rei persecutio, *l. 1. in princ. ff. de pignor. l. 2. C. de fideic. Corne. consil. 282. lib. 4. Crauet. consil. 149. n. 2. vol. 1. Decian. cons. 29. n. 92. vol. 2. Vinc. de Franch. p. 1. decis. 104. num. 5.* eoq; cum creditor agere queat contra dominum, multo magis aduersus eum retentione vti poterit, siquidem cui damus actionem, ei fortius retentionem permittimus, *l. 1. §. quod autem, ff. de superfic. Ias. in l. frater a fratre, not. 11. ff. de condic. indeb. Boer. decis. 44. num. 14.*

25 Ampliatur X. Etiamsi vasallus fidejusserit pro domino, non tamen agnatus in feudo succedens huiusmodi debitum solvere tenebitur, *Schrad. de feud. p. 7. c. 7. n. 48. vers. secundum, Tooming. decis. 27. num. 15. Joan. Koppen decis. 39. num. 35.* Militant enim his eædem rationes, quæ fuerunt in præcedentibus consideratæ, siquidem negari non potest, fidejussoriam defuncti obligationem onus esse hæreditarium, *l. ult. C. de hæredit. actionib.* quippe non ob feudum, sed propter dominum sponte contractum, nec feudo, sed personæ defuncti & hæredis eum repræsentantis cohærens, *l. 4. §. fidejussor, l. si testamento, §. 1. & toto tit. ff. de fidejuss.* & ut cujusvis alterius contractus, ita etiam fidejussionis natura est, ut eum, qui contrahentis seu fidejubentis hæres non est, non obstringat, *l. 3. C. ne ux. pro mar.* nec potuit vasallus fidejubendo pro domino conditionem feudi in præjudicium agnati sine ipsius voluntate deteriorem reddere, *c. 1. §. 2. contraria, de inuest. de re alie. fac.* præsertim cum ne quidem dominus vna cum vasallo possidente quicquam in præjudicium agnati succesturi quo ad feudum disponere possit, *c. 1. §. hoc quoq; de suc. feud. c. 1. de alien. feudi pat.* Quod si agnatus feudum a vasallo cum domini consensu alienatum vel pignori datum post obitum alienantis vel oppignorantis recuperans non tenetur solvere, quod emtor sive creditor exposuit, *c. Titius, si de feud. defunc. cont. sit int. do. & ag. c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amitt.* vtiq; longe minus debitum ex caussa fidejussionis pro domino factæ, pro quo feudum nec obligatum nec alienatum fuit, agnoscere tenebitur. Deniq; si agnatus ideo debitum defuncti solvere teneretur, quia contractum fuit fidejubendo pro domino, sequeretur, vasallum solvere teneri debita domini, alioqui caussa non esset, cur hoc potius, quam cœtera defuncti debita in vtilitatem domini contracta solvi necesse foret à feudi successore: cum tamen contrarium, nempe, debita domini vasallos non teneri solvere, non obscure colligatur ex *c. licet, ubi Afflic. nu. 5. & cæteri, si de feud. def. cont. Laudens. in c. 1. §. ult. nu. 1. de alien. feudi pat. & alij supra relati, qui communem dicunt.* Quare licet contra fidejussorem executio in feudum esset facta fructuum inde percipiendorum gratia, tamen eo prius absq; liberis moriente, quam perceptione fructuum creditori satisfiat, feudum hic liberum dimittere tenetur agnato residuum debitum nec

offe-

offerenti nec solventi, *c.1.§.è contrario, de inuest. de re alie. fac. c.1. §. rursus, quib. mod. feu. l. amitt. c. Titius, si de feud. def. cont.* Contrarium quidem, nempe quod agnatus in feudo succedens debitum defuncti pro domino fidejubentis teneatur solvere, tenuerunt *Afflict. in c. 1. n. 11. an agnat. & Camerar. in repet. d. c. imperialem, p. 86. vers. alia vero sunt onera, de prohib. feudi alien. per Frid.* Verum nituntur constitutione regni Neapolitani, quæ cum sit localis, & subditos regni saltem liget, alibi derogare nequit his, quæ juri communi sunt consentanea, *l. omnes populi, ff. de just. & jure, §. jus autem civile, inst. de jure nat. gent. & civ. vtrobiq; not per*
26 *Dd. Toming. d. decis. 27. n. 16. & 24.* Id † vero minime dubium, hæredem hoc debitum solventem experiri posse contra dominum actione mandati, *l. indebitam, ff. de condic. indeb. l. si remunerandi, §. si passus, ff. mand. cum simil.* vel actione a creditore cessa, *l. cum*
27 *quis, 36. ff. de fidejuss.* Crediderim † etiam creditorem viuente fidejussore in possessionem feudi missum, si prius, quam sit ipsi satisfactum, domino feudum aperiatur, posse retinere feudum, donec ipsi a domino satisfiat, & sic procedere tali quoq; casu, quod tradiderunt *Martin. Laud. in c. 1. §. quid ergo. num. 12. de inuest. de re alien. Jac. de S. Georg. verb. & dicti vasalli, numer. 39. Gaill. lib. 1. obseru. 117. n. 4. Moz. de feud. sub rubr. quæ actio oriat. ex feud. num. 13.* Quamvis enim jus illud pignoris creditori per immissionẽ in feudo quæsitum, non amplius valere videatur, postquam feudum domino fuit apertum, *c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amitt.* tamen cum ad id debitum, pro quo facta fuit in feudum executio jus pignoris attribuens, principaliter ipse dominus sit obligatus, jure merito retentioni feudi locus est contra ipsum, siquidem rem pro debito oppignoratam licet adversus eum, qui solvere tenetur, retinere pro eodem debito, etiamsi pignus non valeat, *l. 1. C. si res aliena pign. l. 1. in princ. ff. de pignor. Bartol. in l. si non sortem, §. si centum, n. 8. vbi Castr. num. 5. ff. de condic. indeb. Bart. in l. si non inducta, numer. 4. vbi reliqui, C. in quibus causs. pignus tacit. Bald. in l. vlt. & ibid. Salic. C. commod. Castrens. in l. petenti, num. 3. ff. de pignorat. act. Neguzant. de pignorib. p. 5. me. 4. num. 4. Schrad. de feud. p. 8. c. 2. num. 6.* Adde quod defunctus in rem sive vtilitatem domini sese obligauit, nec ad defunctum, sed ad dominum provenit pecunia, pro qua feudum post immissionem apud creditorem cœpit esse loco pignoris, *l. 1. & toto tit. C. si in causs. judic.* Quo fit, ut adducta sub finem ampliationis proxime præcedentis æque vel magis casu nostro obtinere dignoscantur, & consequenter hic etiam retentioni omnimodo locus esse debeat, præsertim cum sit regulare, ut ex parte sua prius teneatur satisfacere, qui vrget alterum, ut sibi satisfaciat, *l. Julianus, §. offerri, l. qui pendentem, ff. de act. emt. Dd. in l. cum proponas, 21. post text. ibid. C. de pactis.*

Ampliatur XI. ut procedat et- 28
iam in successore emphyteusis, qui non minus quam feudi successor, ab æris alieni solutione immunis est, *ut tradit præ cæteris Clarus §. feudum, q. 43. num. 1. dicens, hoc suo judicio esse indubitatum, senseruntq; Couarr. lib. 2. variar. resol. c. 18. num. 4. versic. octauo infertur,* & Dd. communiter statuentes, etiam emphyteutæ filium posse patris hæreditatem repudiare, & emphyteusin consequi, de qua sententia communi testantur *Jason in l. 2. nu. 158. C. de jure emphyt. & plurimi per Clarum relati §. emphyteusis, q. 37. num. 1.* Cum enim æris alieni solutio sit onus hæreditarium, *l. ult. C. de hered. action. cum concor.* & successor emphyteusis non sit hæres, creditores defuncti nequeunt adversus eum agere, *l. 2. §. si hæres, ff. ad Trebell.* quippe quem suis contractibus defunctus obligare nequiuit, *l. 3. C. ne vx. pro mar.* Cumq; non capiat lucrum ex persona defuncti, siquidem emphyteusis ad eum devoluitur ex beneficio sive pacto primi acquirentis & concessione domini eum inuestitura compræhen-

dentis, *Bartol. in l. mortis caussa capitur, ff. de donat. caussa mor. Clar. post alios d. §. emphyteusis, q. 16. numer. 3. versic. aut est simpliciter:* utiq; vel hac de caussa factum defuncti æs alienum contrahentis præstare minime tenetur, *l. ex*
29 *qua persona, ff. de regul. jur.* Nec † id
modo procedit, cum creditores hæreditarij possunt aliunde, quod sibi debetur, consequi, verum etiam quando nequit eis aliunde satisfieri, *ut præ cæteris aperte senserunt Couarr. d. c. 18. numer. 4. versic. octauo infertur; & Clar. d. §. feudum, q. 43. num. 2.* Quamvis enim emphyteusis in bonis defuncti fuerit, tamen cum ex pacto primi acquirentis, & in primis domini concessione ab initio facta post obitum debitoris ad successorem pertinere cœperit, non minus quam cætera defuncti debita æris alieni loco habetur, *l. irritum, C. ad leg. Falcid. l. 1. C. de bon. aut jud. poss. l. in ratione, § quod vulgo, ff. ad leg. Falcid. cum simil.* cumq; virtute primæ investituræ vtile dominium sive jus emphyteuticū, quod defunctus in fundo habuit, ipso jure transiuerit ad successorem, *c. 1. §. hoc quoq; de succ. feud. c. 1. de benefic. fratr. & argum. l. 2. & 3. C. de donat. quæ sub mod.* ipse tanquam dominus in fundo emphyteutico præfertur merito cæteris creditoribus, *per tex. not. in l. si ventri, §. in bonis, ff. de privileg. credit. Bald. in l. in reb. num. 1. & 2. C. de jure dot. & in l. pro debito, num. 1. C. de bon. aut. jud. possid. Angel. in l. si cum dotem, §. fin. ubi Alexand. num. 5. ff. solu. matrim. Gaill. lib. 2. obseru. 15. num. 4. & 10.* Quin-
30 imo † licet in vita debitoris esset in
fundum emphyteuticum executio facta, tamen cum successori ne quidem necessaria fundi emphyteutici alienatio vel oppignoratio quicquam præjudicare vel obesse possit aut debeat, *l. peto, §. prædium, ff. de legat. 2. c. 1. §. è contrario, de inuest. de re alie. fac.* jus immissi creditoris evanescit, simul atq; successionis jure fundus emphyteuticus ad alterū pertinere cœpit, ac proinde nouo successori vendicanti fundus est omnimodo restituendus, *d. l. peto, §. prædium, l. lex vectigali, ff. de pignor. c. nuper, de donat. inter vir. & vx. c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amit.* Regres- 31
sum † tamen habebit creditor adversus hæredes defuncti: Sive enim pignoris jure feudum tenuit, fructus quidem in sortem imputantur, attamen quoad residuum debitum actionem salvam remanere, dubium non est, *l. nec creditores, l. ult. C. de pignor. act.* Sive creditor jus ipsum emphyteuticum seu dominium utile, quod penes debitorem fuit, consecutus est, nihilominus ei superesse videtur actio ad repetendum debitum, pro quo fundus emphyteuticus ei fuit addictus, *l. ult. §. ult. ubi gl. & Dd. C. commu. de lega. l. emptorem, § ult. ff. de action. emti. l. libera, C. de sent. & interloc. sensit Alexa. in l. à diuo Pio, §. si pignora, nu. 7. ff. de re judic. traditq; præ cæteris Hartm. Pistor. lib. 1. q. 15. n. 103. & huc etiam faciunt notata per eundem lib. 2. q. 10. n. 27. & seqq.* Si † tamen 32
emphyteusis esset noua, hoc est, ab ipso debitore primum acquisita, eo moriente jus pignoris in fundo emphyteutico creditori competens non evanesceret, cum factum judicis censeatur esse factum partis, *l. si ob caussam, ubi Bart. & Dd. C. de euiction. l. 1. & 2. C. si in caus. judic. Bart. in l. si plus, §. mota, ff. de euict. Cravet. post alios consil. 5. nu. 1. vol. 1. Pancirol. consil. 131. n. 58. Anton. Faber de error. pragmat. dec. 1. err. 10.* adeoq; factum per judicem adjudicantem perinde habeatur, ac si factum esset ab ipso debitore, contra quem facta est adjudicatio, *Alex. consil. 11. vol. 5. Cravet. cons. 248. ante n. & n. 1. vol. 2. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 42. nu. 20. Hart. Pist. lib. 1. q. 15. n. 86.* & primum acquirentem successuris in emphyteusi dispositione seu facto suo nocere sive præjudicare posse, magis communiter statuant interpretes, teste *Alexan. consil. 124 n. 8. lib. 5. quem cum alijs ac communi testantibus refert & sequitur Clarus d. §. emphyteusis, q. 16. nu. 1. versic. contrariam autem: plures allegat Anton. Gabriel. lib. 3. commun. conclus. 1. de jure emphyt. concl. 2. n. 44.* nec obscure patet ex his, quæ luculenter disceptantur ab *Hart.*

Pist.

Pist. lib. 2. q. 4. & Toming. decis. 23. & decis. 53. Secus vbi viuente debitore facta non fuit executio, quia creditores ne quidem in defectu bonorum hæreditariorum contra successorem emphyteusis nouæ agere poterunt, cum nec à defuncto, nec à successore quicquam videatur in fraudem creditorum factum, siquidem ille nequit hunc cogere, vt sibi sit hæres, & potest hic in emphyteusi etiã noua succedere & hæreditatem repudiare, etiamsi filius defuncti sit, secundũ communem Dd. sententiam, vt antea dictum, eoq; non est in dolo, qui suo iure vtitur, *l. nullus videtur, ff. de regul. iur.* potius negligentiæ suæ debent imputare damnum creditores, qui debitore viuente cessarunt exigere, nec adegerunt eum ad oppignorandum fundum emphyteuticum, *l. quod quis, ff. de regul. iur. c. damnum, d. t. in 6.* Sic tamen constaret, debitorem in fraudem creditorum distraxisse bona, eorumque loco fundum comparasse emphyteuticum, dubium non esset, eos habere regressum contra successorem emphyteusis, *l. ait prætor, §. penult. cum l. seq. ff. quæ in fraud. cred.*

33 Porrò regula nostra limitanda I. in fructibus feudi moriente debitore pendentibus, qui cum ad hæredes ipsius, non autem ad feudi successorem vel dominum pertineant, quando vasallus intra id tempus, quod est à Calendis Martij vsq; ad finem Augusti, decessit, *c. his consequenter, hic finit. lex.* merito de ijs tali casu creditori satisfieri debebit, *text. in d. c. 1. vbi Dd. an agnat.* Nihil enim ex hæreditate defuncti lucrari potest hæres, nisi deducto ære alieno quid supersit, *§. 1. instit. de hered. qual. & diff. l. vlt. §. et si præfatam, C. de iure delib. l. venisse, ff. de verbor. signif. cum simil.* Declarationes autem huius limitationis nullo negotio colligi possunt ex his, quæ post *Dd. in c. his consequenter, hic finit. lex.* erudite tradunt *Carol. Molin. ad consuetud. Parisf. t. 1. §. 1. gl. 5. Hartm. Pist. lib. 2. q. 24. nu. 39. vsq. ad 72. Schrad. de feud. p. 2. nona partis princip. sect. 3.* cum sit extra controuersiam, ex eo solutionem debiti creditorem consequi posse, quod post obitum vasalli, non ad feudi successorem, sed ad hæredes pertinet, *c. 1. an agnat. d. l. vlt. §. etsi præfatam.* Quid vero de iure Saxonico, quod circa fructus moriente vasallo pendentes à iure communi discrepat, hac in parte sit statuendum, liquet ex traditis per *Hartman. Pist. d. q. 24. num. 73. vsq. ad fin. Coler. de process. exec. p. 2. c. 3. numer. 289. vsq. ad num. 308. Consult. super constit. Sax. p. 2. q. 24. Dani. Moller. ad constit. Sax. p. 3. constit. 32.* Cæterum quoniam in his, quæ iure feudorum contra ius commune disposita sunt, non procedit argumentum a feudo ad emphyteusin, vt annotarunt interpretes, quos pro hac sententia recensent *Molin. ad consuetud. Parisf. t. 1. §. 1. gloss. 5. numer. 71. Couarr. lib. 2. var. resol. c. 15. num. 1. vers. quibus responderi:* dispositio *d. c. his consequenter,* quippe à iure communi discrepans, in emphyteusi locum habere nequit, sed fructus eius anni, quo decedit emphyteuta, ita inter creditores eius & emphyteusis successorem diuidendi erunt, vt quanta vltimi anni parte superstes fuit debitor, tantam fructuum eiusdem anni portionem consequantur illi, residuũ huic remaneat, secundum regulam *l. diuortio, ff. solut. matrim.* quam ad emphyteutam non absq; ratione accommodant *Barth. Socin. in d. l. diuortio, in pr. n. 8. Cuiac. lib. 4. de feud. t. 30. Borgnin. Caualcan. de vsufru. mulier. n. 244. Hartm. Pist. d. q. 24. n. 32. Schrad. de feud. p. 2. nona partis principalis, sect. 3. n. 87.*

Limit. II. Statuto namq; vel consuetudine induci potest, vt e feudo soluantur debita defuncti, *prout sensit gloss. in c. 1. § porro, verb. aequalis, vbi post alios Aluarot. numer. 5. versic. quaro cum gloss. 1. qualit. olim feud. pot. alien. Bald. in c. imperialem, in princ. num. 10. & ibid. Lauzens. num. 32. de prohib. feud. alien. per Frider. Alexan. consil. 2. in princ. volum. 4. Albert. Brunus consil. feud. 105. num. 6. & consil. 135. vers. sexto faciunt, Capic. decis. 99. num. 7.* & ita in electo- 34

ratu

ratu Brandenburgensi servari testatur *Ioan. Koppen decis. 39. num. 28.* Quod autem hujusmodi statutum sive consuetudo valeat, evidenter apparet ex *c. 1. an agnat.* vbi filius in feudo successurus damnosam patris hæreditatem suscipere tenetur, eiusq; debita solvere: hoc si consuetudine potuit induci quoad filium, ad quem post obitum patris feudum non minus ex pacto primi acquirentis, & concessione domini pertinet, quam ad agnatos, ratio reddi vix potest, cur valere non possit aut debeat consuetudo, agnatos etiam æris alieni per defunctum contracti solutioni faciens obnoxios, *l. à Titio, ff. de verb. obligat. l. 3. §. 1. versic. nec ratio, ff. de injusto, rupt. irrit.* Deinde nihil aliud hac consuetudine vel statuto agitur, quam ut obligationes defuncti personales, quibus tenebatur creditoribus, in effectu transeant in eum, qui non sit hæres: at valere statutum vel consuetudinem, ut obligatio personalis transeat in singularem successorem, tradunt *Dec. consil. 88. & Cravet. consil. 201. nu. 8. volu. 2.* & statuto vel consuetudine induci posse, ut alter pro alterius debito teneatur, asserit post alios *Natta consil. 446. n. 21.* Accedit iusta statuti vel consuetudinis huius caussa; siquidem nihil æquius videtur, quam subvenire creditoribus de damno vitando certantibus, vt quod aliunde consequi vix possunt, saltem è feudo defuncti consequantur. Quod si consuetudo etiam irrationabilis valet, præsertim in feudis, dummodo peccatum in sese non contineat, *c. 1. versic. Mediolanenses, & vers. ult. vbi Bald. num. 6. Martin. Laudens. num. 9. de alien. feudi. Bald. in c. 1. numer. 4. de cognit. feudi.* quanto magis ea valere debebit, quæ ratione iusta nititur. Præterea quod feudi successor æs alienum defuncti solvere minime tenetur, non tam naturali, quam ciuili saltem ratione fuit inductum, nempe, quia non est hæres, *l. vltim. C. de heredib. action.* nec feudum est res hæreditaria, *c. 1. §. & quia vidimus, de his qui feud. dare poss. c. 1. an agnat. c. filius, de cap. qui cur. vend.* Sed ex pacto primi acquirentis & providentia concedentis ad successorem devoluitur, *c. 1. ibi, per investituram patris, de feudo marchio.* At quæ ratio ciuilis induxit, ea statuto vel consuetudine tolli mutarive possunt, *§. penult. vbi Dd. instit. de jure natural. gent. & ciuil. §. vltim. instit. de legit. agnat. tutel. Dd. in l. omnes populi, ff. de justit. & jure, traditque post alios Cravett. d. consil. 201. numer. 8.* Denique constat, feudum eo pacto alicui concedi posse, vt in eo succedentes, etiamsi non sint hæredes, defuncti vasalli debita solvere teneantur, siquidem in contractu feudali omne pactum admittitur, quod est contra propriam feudi naturam, dummodo nō evertat feudi substantiam, nec sit bonis moribus juriq; naturali contrarium, *c. 1. de feudo March. c. 1. de benefic. fratris in c. 1. §. praeterea, quid sit invest. c. 1. de feudo non hab. prop. feud. nat.* Quicquid autem pacto fieri potest, multo magis consuetudine vel statuto induci potest, cum sit maior potestas legis quam hominis, qui legi subest, *l. vlt. ubi Bartol. & Dd. C. de fidejussor. gloss. in l. non solum, §. vlt. verb. haeredis, ff. de novi oper. nunc. & adrul r. C. de decretal. decurs. lib. 10. & in c. 2. verb. officiali, de consuet. in 6. Joan. Andr. in c. vlt. de consuetud. Bald. in l. 2. C. quae sit longa consuet. Euerh. in loc. à pacto ad leg. Gaill. lib. 2. observat. 78. numer. 3. 4. dicens* communem Dd. doctrinam. Nec obstabit, si quis objiciat, naturalem simul & ciuilem rationem suadere, ne alter posit alterius conditionem eo invito vel ignorante facere deteriorem, *l. solvendo, ff. de negot. gest.* cum tamen hoc statuto vel consuetudine admissa futurum sit in potestate vasalli possidentis, conditionem successoris in feudo facere deteriorem. Etsi namq; inter privatos ita sit comparatum, ut alter alterius conditionem reddere deteriorem nequeat, principem tamen, ciuitatem aut populū consuetudine vel statuto in ge-

in genere contra omnes inducto tale quid ex caussa permittere, priuatos obligare, eorumq; juri derogare posse, constat ex *l. venditor, §. si constat, ff. comm. prædior. l. Antiochiensium, vbi Bart. ff. de priuil. cred. Bald. in l. quicunq;, n. 30. C. de seruis fugit. Abb. consil. 3. q. 22. lib. 2. Cranet. post alios consil. 4. nu. 4. Natta consil. 325. nu. 3. Gail. de arrest. imperij, c. 9. nu. 9.* vsq; adeo, vt eis ne quidem recompensatio debeatur, *secundum Alexan. cons. 109. visis his, vol. 3. & cons. 190. vol. 2. Dec. in c. quæ in Ecclesiarum, nu. 21. de constit. Goz. ad. consil. 5. n. 21. Cagnol. in l. id quod nostrum, n. 15. ff. de regul. jur. Ant. Gab. Rom. lib. 3. commun. conclus. t. de jure quæsit. non toll. concl. 2. nu. 26.* & quod etiam sine justa & apparenti caussa possit fieri generale statutum præjudicans juri priuatorum, pro regula post alios tradidit *Felin. in c. cum omnes, n. 4. de constitut. & in c. quæ in ecclesiar. n. 54. d. t.* Adde quod feudi successio non est juris naturalis, sed positiui, *c. 1. §. & quia, de his qui feud. da. poss. c. si quis miles, constitut. feudal. domini Lothar. Gail. lib. 2. obseru. 142. n. 14.* & in his, quæ sunt juris positiui, superior liberam habet potestatem disponendi & immutandi, *c. proposuit, de concess. præben. §. penult. instit. de jure natur. gent. & ciuil. l. nihil tam naturale, ff. de regul. jur. Dd. in d. c. quæ in ecclesiarum, de constit. Cranet. & per eum longa serie relati cons. 135. n. 22. vol. 1.* Nulla enim est lex positiua, quę contraria consuetudine vel statuto tolli nequeat, *Bald. in c. imperialem, §. præterea ducatus, n. 3. de prohib. feudi alie. per Frid. refert & sequitur Panor. consil. 3. q. 22. lib. 2.* Rursus hîc agitur de præjudicio juris successoribus non tam quęsiti, quam etiamnum quærendi, siquidem feudum non acquiritur successori, nisi post obitum vasalli possidentis, *c. 1. §. hoc quoq;, de success. feudi, c. 1. de feud. march. c. si quis miles, constit. feud. domini Loth. cum simil.* eoq; spes illa succedendi non dicitur esse in bonis eius, qui successurus est, *l. pretia rerum, ff. ad legem Falcid. Bald. in auth. si qua mulier, C. de sacros. eccles. Decius consil. 269. n. 8. consil. 390. num. 11.* At juri priuatorum nondum quæsito, sed etiamnum quærendo præjudicari vel derogari posse per statutum vel consuetudinem dubium non est, *Dd. in d. c. quæ in ecclesiar. vbi Felin. nu. 49. de constit. Ruin. consil. 7. consil. 36. consil. 95. vol. 1. Albert. Brun. consil. feud. 10. n. 26. 28. Anton. Gabr. Roman. lib. 3. t. de jure quæsito non tollen. concl. 1. n. 30.* & communiter *Dd. teste Gailio lib. 2. obseru. 142. num. 15. qui plures allegat.* Facilius enim tollitur aut restringitur jus quærendum, quam actu quæsitum, *l. non fraudantur, ff. de regul. jur. Felin. in d. c. quæ in ecclesiar. n. 50. Gail. loc. rel.* Quinimo statutum vel consuetudo, de qua loquimur, eo non obstante, quod permittere videtur, ut alterius conditio possit per alterum deterior fieri, vel hac de caussa subsistit, quia successores feudi, quibus præjudicatur, aut ipsimet, aut ipsorum maiores, quorum personas repræsentant, factumq; præstare tenentur, statuto vel consuetudini, cum conderetur siue induceretur, consensum expressum vel tacitum accommodarunt: nec dubium, quin consentiendo præjudicarint juri suo, suorumq; successorum, *l. si debitor, §. 1. l. si consensit, in princ. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solu. l. quidam ex parte, ff. de euiction. cum similib. allegatis per Tiraq. de retract. consang. §. 1. gl. 9. nu. 133. & seqq.* Vnde propter huiusmodi consensum valere statutum vel consuetudinem, etiamsi citra iustam caussam præjudicet in quæsitis sive competentibus de jure naturali, tradit præ cæteris *Ioan. And. in c. fin. & ibid. Dominic. de immunit. ecclesiar. in 6. Felin. in d. c. quæ in ecclesiarum, n. 54. de constit.* Minus obstat, quod publicis onerosa videtur commodis huiusmodi cōsuetudo vel statutum, dum feudi successores ære aliono per alios contracto obruti, vel distrahere feuda, vel eorum commodis carere coguntur, eoq; seruitia dominis exhibere tam commode nequeunt, per quod honos imperij & imperatoris diminuitur, *c. 1. de prohib. feud. alie. per Loth. c. imperialem, in pr. de prohib. feud. alien. per Frid.* Sive enim domini,

mini, sine quorum consensu feuda ne quidem propter æs alienum defuncti distrahi possunt, alienationi consentiant, nihil id vtilitati publicæ adversatur, cum alios vasallos priorum loco sponte suscipiant: Sive consentire nolint, fructibus quidem carebunt feudi successores, donec satisfiat creditoribus, si tamen aliunde sumtus eis minime suppetant, aliquid eis de feudi reditibus attribuendum erit, ut servitia dominis debita præstare commode posint, *per ea quæ tradit præ ceteris Camer. in repet. d. c. imperialem, in princ. conclus. tertia, vers. aut & secundo, pag. 152. & seq. dicens, hoc non habere dubium.* Vt omittam, interesse quoq; reipub. ut succurratur creditoribus, qui sæpe numero ad egestatem rediguntur, quando consequi nequeunt, quod sibi debetur. Tandem nec verendum, ne præbeat occasionem delinquendi: tum, quia nititur optima ratione: tum, quia sibi suisq; hæredibus vnusquisq; potius modis omnibus prospicere cupit, quam vllatenus obesse solet, *c. 1. de duob. fratrib. à capit. invest.* nec potest in perniciem successorum vasallus æs alienum contrahere, quin semetipsum & hæredes suos principaliter oneret, adeoq; verendum ei sit, ne creditores ipso viuo propediem in feudum immittantur; tum, quia si nec tempus nec finem expensarum habeat feudi possessor, poterit ad instantiam feudi successorum ei administratione bonorum interdici, *l. 1. ff. de cur. fur.* Imo cum ad successores feuda ex concessione domini pactoq; primi acquirentis pertineant, ij creditorum loco habentur, *l. creditores, ff. de verb. signific.* eoq; adversus ea, quæ in ipsorum fraudem à vasallo posidente gesta fuisse constiterit, eis actione vel exceptione succurretur, *toto tit. ff. quæ in fraud. cred. l. 1. §. is autem, ff. de superficieb. l. invitus, §. cui damus, ff. de regul. jur. l. creditori, in fi. vbi gloss. C. de pactis.*

Ex prædictis autem non obscure liquet, statuto vel consuetudine induci posse, vt feudi successor æris alieni solutioni sit obnoxius, etiamsi hæreditaria bona per sese sola solutioni sufficiant: Requiritur tamen, ut e statuti verbis aut actibus consuetudinis inductæ tale quid aperte constet: In † dubio namq; si statu- 35
tum simpliciter disponat, feudi successorem defuncti debita solvere debere, non videtur eo etiam de casu intelligendum, quando allodialia defuncti bona æris alieni solutioni sufficiunt: Constat enim statutum, etiamsi sit contra jus commune, tamen à jure communi interpretationem recipere, *Bart. & Dd. in l. 1. § lex Falcidia, ff. ad leg. Falcid. Ruin. consil. 57. in fin. lib. 3. Paris. consil. 84. num. 16. lib. 2. Cravet. consil. 236. num. 9. volum. 2.* Vt scilicet cum jure communi, quantum fieri potest, conveniat, *Salicet. & alij Dd. in l. 2. post text. ibid. C. de noxal. Menoch. & per eum allegati consil. 134. numer. 13. lib. 2.* At jure communi videmus ita comparatum, ut creditores non nisi in defectu bonorum allodialium è feudo satisfactionem consequi posint, prout ostensum exercitatione præcedenti limit. 2. Quocirca sic etiam statutum erit interpretandum, vt feudi successor duntaxat in defectu bonorum defuncti allodialium solvere compellatur. Rursus etiamsi statutum generaliter loquatur, si tamen sit juris communis correctorium, non debet generaliter, sed strictissime intelligi, *Jas. in l. non dubium, numer. 31. C. de legib. Gaill. lib. 2. observat. 33. numer. 9.* restringiq; ad terminos juris, vt minus, quam fieri potest, jus commune corrigat, *juxta notat. in l. vlt. §. in computatione, C. de jure delib. & argum. l. si quando, in princ. C. de inoff. testam. l. 2. C. de noxal. action. c. cum dilectus, de consuetud. Anchor. in c. 1. num. 14. de constitut. Socin. consil. 38. lib. 1. Cravet. consil. 259. num. 2. volum. 2. Roland. à Valle de invent. confectione, p. 4. §. quæritur etiam, an stante, num. 19. Hartman. Pist. lib. 1. q. 3. nu. 21.* tunc præsertim, cum agitur de gravi præjudicio tertij, *d. l. vlt. §. in computatione, vbi Dd. Jas. consil. 50. num. 2. lib. 1.*

Cra-

Cravet. d. consil. 259. nu. 2. Menoch. consil. n. 8. vol. 1. Statutum vero nostrum corrigit jus commune, plurimumq; textu, nempe successori feudi præjudicat, dum reddit eum æris alieni solutioni obnoxium, *c. 1. an agnat.* Itaq; tam late, tamq; generaliter non erit accipiendum, ut solvere tum quoq; cogatur, quando alijs e bonis defuncti potest creditoribus satisfieri, sed stricte potius atq; secundum terminos juris intelligendum, ut in defectu saltem aliorum bonorum teneatur. Præterea licet vulgatam Dd. regulam, specialia duo concurrere non posse, non immerito reprobent *Socin. in l. 1. numer. 52. cum sequent. ubi Coras. num. 96. ff. solut. matrim. Coras. in l. qui liberos, num. 171. & 178. ff. de ritu nuptiar. Alciat. in. l. si is qui pro emtore, in fin. ubi Bolognet. numer. 412. ff. de usucap. Bolognet. in l. singularia, numer. 28. ff. si cert. petit. Duaren. lib. 1. disput. anniuers. cap. 56. Anton. Costan. de dote, c. 4. numer. 7. cum sequent. Eman. Soar. ad Gomez. to. 1. var. resolut. c. 2. sub fin. Joan. Vand. lib. 2. q. 4.* negari tamen haud potest, in dubio præsumendum esse, statuentes noluisse vna eademq; dispositione, sive circa eandem rem vel personam plura specialia juri communi derogantia inducere, *c. 2. de filijs presbiter. in 6. l. mulieri & Titio, 73. ff. de conditio. & demonstrat. traditq; præ cæteris Bolognet. in d. l. si is qui pro emtore, numer. 403. 411. 413. sensit etiam post alios Cravet. consil. 966. numer. 7. volu. 5.* Quo fit, ut in proposito, cum simpliciter disposuerint statuentes, feudi successorem solvere debere æs defuncti alienum, non sit existimandum, eos vltra illud speciale, quod verba denotant, nempe feudi successorem æris alieni solutioni obnoxium esse, pariter id etiam contra jus commune inducere voluisse, vt hæredes ab hoc onere, cui lex duodecim tabularum eos fecit obnoxios, pro parte vel in totum sint immunes: quod vsuveniret, si feudi successor solvere tum quoq; cogeretur, cum hæreditas est solvendo. Accedit, quod statutum & vnaquæq; dispositio sic intelligi debet, ut ea prouisum censeatur saltem in casu necessario, *l. in his, §. sed & si forte, ff. de solution. Bald. consil. 35. lib. 2. tradit q; post alios Menoch. consil. 133. numer. 7. volum. 2.* At necesse non est, onerari successorem feudi, cum creditores ab hæredibus consequi suum possunt: Quare statuto provisum censeri debebit, ut in defectu saltem bonorum hæreditariorum feudi successor solvere compellatur. Quod si ratio quæratur, cur statuto necessitas solvendi æs alienum successori feudi quandoq; imponatur, vix alia poterit assignari præter hanc, nempe, ut indemnitati creditorum prospiceretur, qui sæpenumero, quæ sibi debentur, adipisci nequeunt, cum feudi successor solvere minime cogitur. Cessat hæc ratio cum hæreditas est solvendo, proinde cessare debebit etiam tali casu dispositio statuti, siquidem statutum utcunq; generale, debet restringi & limitari, non solum ob caussam & rationem expressam, sed etiam præsumtam & conjecturatam, *c. suggestum, ubi Dec. in 2. not. de appellatio. l. milites agrum, in princip. ff. de re milit. Roman. consil. 160. & consil. 104. Cravet. consil. 33. num. 9. volum. 1. & consil. 259. numer. 5. volum. 2.* Suffragatur insuper, quod statuta quantumvis generalia restringenda sunt propter æquitatem, *l. tale pactum, §. vlt. ff. de pact. gl. in c. paratus, 23. q. 1. Jas. in l. quanquam, num. 3. & ibid. add. C. de testam. milit. Dec. in c. ex parte, 13. de offic. deleg. Socin. consil. 44. lib. 1. & consil. 37. ad fin. lib. 3. Cravett. consil. 221. num. 1. volum. 2. Hier. Gabriel. cons. 11. n. 35.* ne quis indebite damnum patiatur, *argu. l. si quanto, in princ. ff. de legat. 1. Natta consil. 157. numer. 12. Gaill. lib. 2. obseru. 33. n. 6. Menoch. & per eum allegati consil. 5. num. 4. volu. 1.* aut cum alterius jactura ad lucrum indebite perveniat, *l. Marcellus, in princip. ubi Socin. not. 2. Jas. not. 4. ad Trebell. Bart. in l. omnes populi, num. 55. de just. & jure.*

Cranet. consil. 221. num. 6. vol. 2. Natta consil. 364. n. 4. Hieron. Gabr. consil. 8. num. 10. neve contineant iniquitatem, *arg. l. si pater, ff. de his quæ in fraud. cred. Castrens. consil. 258. lib. 2. Felin. inter consil. Socini, consil. 302. in subscrip. lib. 2. Alex. consil. 52. num. 2. lib. 1. Corn. consil. 119. lib. 2. Cravet. consil. 70. n. 29. vol. 1. Schrad. de feud. p. 10. sect. 3. n. 8.* Dubium vero non est, æquissimum esse, feudi successorem satis alioqui contra dispositionem juris communis oneratum relevari, ne solvere pro defuncto compellatur, cum hæreditas est solvendo: imo si tali quoq; casu pro defuncto, ex cujus persona lucrum non sentit, quemve non repræsentat, nec pro eo spospondit, solvere cogeretur, non modo damnum indebite pateretur, verum etiam cum ipsius jactura hæredes, quos utiq; solutione sua relevaret, ad lucrum indebite pervenirent, contra *l. nam hoc natura, ff. de condic. indeb.* si quidem hæreditaria bona, quæ solutioni æris alieni sufficere poterant, titulo hæreditatis mere lucrativo consequerentur ac retinerent, *l. inter, §. si rem, ff. de verb. oblig. l. ult. §. penult. C. de codicill.* Quid autem iniquius, quam feudi successorem, qui ratione feudi, quod in bonis defuncti, fuit, est creditor defuncti, & propter utile dominium in feudo sibi competens cœteris creditoribus potior est, *l. si ventri, §. in bonis, ff. de privileg. credit.* obtinere non posse feudum, nisi relevet hæredes, & satisfaciat creditoribus, qui aliunde suum consequi possunt. Non igitur in eo casu, cum hæreditas est solvendo, dispositio statuti locum habere poterit. Adde quod statutum quantumvis generale restringi debet, ne deviet à verisimili, *l. si quis ita, §. fin. ff. de testam. tut. l. solutum, §. solutam, ff. de pignor. act. Alex. consil. 86. lib. 4. Cranet. consil. 221. nu. 7. vol. 2. Hieron. Gabr. consil. 11. num. 35. Vincen. de Franch. p. 1. decis. 91. n. 11.* neve videatur esse sine ratione, *Curt. Jun. consil. 5. Cranet. consil. 259. num. 6. volu. 2.* Non autem est verisimile, statuentes feudi successorem onerare tum quoq; voluisse, quando creditoribus aliunde satisfieri potest, imo statutum tali casu foret absq; ratione, siquidem idonea ratio vix reddi posset, cur allodialia defuncti bona hæredes cum jactura successoris feudalis oneribus hæreditariis obnoxii lucrari debeant, contra *l. nam hoc natura, ff. de condic. indeb. & l. secundum naturam, ff. de reg. jur.* Deniq; cum super eo controvertatur, an statutum feudi successorem æris alieni solutione simpliciter onerans sit accommodandum ad casum, quo hæreditas est solvendo, negativæ parti vel hac de caussa subscribendum videtur, quia minus obligabitur feudi successor, minusq; præjudicabitur unicuiq; parti, siquidem creditores in omnem eventum consequentur, quod sibi debetur, feudi successor tum demum onerabitur, cum hæreditaria bona non sufficiunt, hæredibus nullum inferetur præjudicium, cum non statutum, sed lex duodecim tabularum sive jus commune solutioni æris alieni eos fecerit obnoxios, nec damnum incurrant, cum solvendo sit hæreditas, insuper etiam potior erit sive prævalebit causa successoris feudi de damno vitando certantis: Est enim pro regula traditum, eam in dubio preferendam esse interpretationem, qua minus quis obligetur, *l. Arrianus, ff. de obligat. & action. Angel. consil. 77. in fin. Paris. consil. 69. nu. 22. lib. 3. Menoch. consil. 31. n. 52. lib. 1.* quæq; sit partibus minus onerosa, minusq; præjudicialis, *l. 1. ubi Dd. ff. si quis caution. Abb. consil. 7. in fin. lib. 1. Cranet. consil. 33. nu. 24. volu. 1. Menoch. de arbitr. judic. lib. 2. casu 199. n. 16.* quave damnum quis evitet contra eum, qui agit de lucro consequendo, *Bart. in auth. quas actiones, n. 3. C. de sacros. Eccles. Dec. in l. non debet actori, §. in re obscura, ff. de reg. jur. Cravet. d. consil. 33. n. 24. Menoch. consil. 144. n. 10. vol. 2.*

In † consuetudine autem perpen- 36
dendi erunt actus, quia si tum quoq; feudi successores solverunt, cum hæreditas esset solvendo, tempusq; consuetudini præscribendæ sufficiens cō-

pletum

pletum fuit, etiam in posterum feudi successores æris alieni solutioni erunt obnoxij, licet solvendo sit hæreditas, *l. de quib. & ibi notat. per Dd. ff. de legib.* Sin vero tales actus minime suppetant, consuetudo demum eo casu, cum hæreditas non est solvendo, procedet, cum sit stricti juris, *Crauett. & per eum allegati consil. 30. num. 5. volum. 1. Vincent. de Franch. decis. 91. num. 20. p. 1.* nec suos terminos egrediatur, *Bald. in c. 1. de feudi cognit. Hieron. Gabr. consil. 83. nu. 60.* nec de casu ad casum extendatur, *Natta consil. 46. n. 2. & consil. 502. n. 39.* sed restringatur per actus, quibus inducitur, ne plus præscribatur, quam fuerit actum sive vsurpatum, *Bartol. in auth. qui rem, nu. 8. C. de sacros. Eccl. Natta consil. 98. n. 3. consil. 554. n. 27.* insuper etiam à jure communi, quo creditores non nisi deficientibus bonis debitoris allodialibus è feudo satisfactionem consequi possunt, interpretationem recipiat, *c. cum dilectus, vbi Dd. de consuet. gl. & Dd. in c. 1. §. donare, vers. porro, qual. olim pot. alien. feud. Hieron. Gabr. cons. 83. nu. 62. Hartm. Pist. lib. 2. q. 2. num. 29.*

17 Porro † quoniam valet etiam statutum vel consuetudo permittens alienari feudum in præjudicium successorum minime consentientium, ut patet ex traditis per *Albert. Brun. consil. feud. 137. Roland. à Valle consil. 42. lib. 1. Sonsbecc. de feud. p. 12. num. 94. & seq. & plurimos pro hac sententia congesserunt Schrad. de feud. p. 8. c. 2. numer. 54. Vultei. lib. 1. de feud. c. 10. num. 92. quibus addi possunt Albert. Brun. consil. 135. versic. sexto faciunt, & d. consil. 137. Crauett. consil. 197. numer. 2. volum. 1. Hieron. Gabriel. consil. 83. num. 58. & 63. Joa. Thom. de Marin. de feudor. generib. & qual. t. 2. de feudo ex pact. & prouid. antiq. num. 63. Joan. Koppen decis. 39. n. 27.* dubium quidem non est, feudum propter æs alienum à debitore ipso, vel eo viuente a judice exequente alienatum, ab agnato, qui erat in eo successurus, ne quidem post obitum debitoris revocari posse: An autem
18 † feudo in vita debitoris non alienato, succedens in eo sit æris alieni solutioni obnoxius, ambigitur? Pars enim affirmatiua probari videtur ex eo, quia feuda, quæ sine domini & agnatorum consensu alienari possunt, non habent propriam feudi naturam, *c. 1. de feudo non hab. propr. feud. nat.* sed habentur loco allodialium, *Ripa in l. obligatione, numer. 39. ff. de pignor. Guid. Papæ decis. 59. & decis. 297. Thom. Grammat. decis. 103. numer. 127. Crauet. consil. 256. num. 6. Rolan. à Valle de lucro dotis, q. 54. num. 22. Gaill. lib. 2. obseru. 149. nu. 10. Petr. Greg. in syntag. lib. 6. c. 17. num. 5. Vulteius d. c. 10. num. 92. plures allegans:* & ex allodialibus defuncti bonis debita ejusdem solvi oportere, constat ex *l. vlt. C. de jure delib. c. 1. an agnat. l. subsignatum, §. bona, ff. de verb. signif.* Deinde negari vix potest, feudi successorem ex persona defuncti sentire lucrū, cum defunctus eo ipso, quod feudum æris alieni solvendi gratiâ non alienauit, ut omnimodo facere potuisset, effecerit, ut id perveniret ad successorem: proinde regula juris exigit, ut feudi successor factum defuncti ęs alienum contrahentis præstet, *l. ex qua persona, ff. de reg. jur.* Suadet idem ratio, propter quam filium defuncti cum feudo hæreditatem & onus æris alieni suscipere teneri supra diximus, nempe, quia feudum patri acceptum ferre tenetur, nec nisi mediante persona patris id consequitur: militat eadem casu nostro ratio, proinde successor non debebit esse melioris conditionis, quam filius, *l. illud, ff. ad legem Aquil. l. à Titio, ff. de verbor. obligat.* Deniq; cum debitor in vita minime solverit æs alienum, fidei servandæ caussa debuit in ultima voluntate modis omnibus procurare, ut post ipsius obitum satisfiat creditoribus, prout etiam facere potuit, siquidem ubi permittitur aliquid alienari, censetur etiam permissum in ultima voluntate de eo disponere, *l. si quis prioris, §. cæterum, C. de secun. nupt. Bartol. in l. si ita quis, §. ea lege, num. 7. ff. de verbor. obligat. & in l. peto, §. fratre, numer. 2. ff. de legat. 2. Hieron.*

Gabr.

Gabr. & per eum allegati consil. 125. num. 16. Id vero cum non fecerit, quod tamen omnino facere debuisset, in fraudem fecisse videtur, *ut asserit Paulus in l. in fraudem, ff. qua in fraud. cred.* eoq; nec immerito creditores regressum habere videntur contra feudi successorem, *l. qui autem, §. simili modo, l. ait prator, §. penult. ff. qua in fraud. creditorum.*

39 Sed † verius opinor, successorem feudi, quod in ipsius etiam non consentientis præiudicium a defuncto alienari potuisset, æris alieni hæreditarij solutioni non esse obnoxium: Est enim certissima juris feudorum regula, successorem feudi, si non sit hæres, defuncti debita solvere minime teneri, *c. 1. an agnat.* cui quoniam in proposito derogatum nullibi reperitur, ei merito standum, *secundum not. in l. 1. ff. de reg. jur.* Nec vero ius debitoris, quod in feudo habet, ultra vitam ipsius durat, sed eo moriente simul euanescit, *ut post Andr. de Isern. ostendunt Camerar. in repet. c. imperialem, §. preterea ducatus, vers. & quo ad primum, pag. 708. & seqq. de prohib. feud. alie. per Frid. & Hartm. Pistor. lib. 2. q. 6. num. 3. & seqq.* Sublato autem iure debitoris creditores é feudo ad alium libere devoluto solutionem consequi non possunt, *l. lex vectigali, ff. de pignorib. c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amitt. cum simlib.* Ac licet casu nostro feuda in eo degenerent á propria feudi natura, quod alienari sine consensu domini & agnatorum possunt, attamen in reliquis propriam & genuinam feudi naturam retinent, *tex. in c. 1. & ibi. not. per Dd. de feud. non hab. propr. feu. nat. ad idem text. in c. 1. §. donare, qual. olim feud. alien. pot. Alber. Brun. consil. feud. 86. vers. cum trita.* Proinde cum de feudi natura sit, ut nihil eius nomine solvi de debito hæreditario necesse sit, *d. c. 1. an agnat.* feudi successor ad debita defuncti solvenda cogi minime poterit. Præterea alienare in præiudicium successorum feudi, & contrahere debita in eorundem præjudicium, non modo sunt maxime diversa, nihil invicem commune habentia, nec alterum sub altero, ut sub majore minus continetur, verum etiam in illo subest permittendi ratio longe major, quam in hoc: Etenim cum alienatio concernat & afficiat rem ipsam in feudum concessam, in qua successor vivo debitore jus habet non tam reipsa, quam spe duntaxat quæsitum, *Gaill. lib. 2. observ. 142. num. 15.* nihil est facilius, quam alienando præiudicare successori, dum consensum ipsius, quem alioqui jus feudorum in alienatione requirit, ne alienatum revocare posit, statutum vel consuetudo permissione sua abunde supplet, *Afflict. in c. 1. §. sed & res, nu. 7. per quos fiat invest. Hieron. Gabr. consil. 83. num. 58.* Debita vero, quæ quis contrahit, feudum non afficiunt, sed obligatione continentur, quæ personam debitoris & hæredis eum repræsentantis non egreditur, *l. 1. §. si hares, ff. ad Trebell. l. 3. C. ne ux. pro marit.* Proinde feudi successor ijs obnoxius esse nequit, nisi contra jus commune consuetudo vel statutum inducat, ut etiã contra feudi successorem, cum quo nullum creditoribus negotiũ intercessit, quemq; debitoris contractus aliis obligare nequit, transeat vel suboriatur obligatio, adeoq; condictio sive actio adversus eum competat, *l. si pupilli, §. ult. ff. de negot. gest. Camerar. in repet. c. imperialem, in princ. pag. 82. vers. qua quidem onera, & p. 85. vers. hanc enim ob rem, de prohib. feudi alien. per Frid.* Rursus alienatione feudi permissa revertimur ad jus commune, quo cuiq; competit libera facultas alienandi suum, *l. in re mandata, C. mand.* cum e diverso non posit feudi successor onerari debitis defuncti, quin juri tam communi quam feudorum maximopere derogetur: nec dubium, quin sit longe facilius & favorabilius, quod reducit ad jus commune, quam quod eidem derogat, *gl. in c. statutum, de praben. in 6. Ludov. Roman. consil. 318. Natta consil. 105. num. 9. Cravet. & per eum allegati consil. 135. n. 38. vol. 1.* Quo fit, ut consuetudo vel statutum permittens alienando præiudicium infer-

inferri feudi successoribus, neutiquam permittere videatur, ut contrahendo æs alienum inferri possit eisdem præjudicium, siquidem consuetudines & statuta præsertim juri communi derogantia, sunt stricti juris, *Bart. in l. omnes populi, nu. 60. de just. & jure, & post alios Natta consil. 11. num. 13.* nec vires suas vltrà porrigunt, quam sit actibus inductum, aut verbis expressum, *l. quod constitutum, ff. de milit. teste l. constitutionib. ff. ad municip. l. si seruum, §. non dixit prætor, ff. de acquir. hæredit. cum similib. congestis per Tiraquell. in repet. l. si vnquam, verb. libertis, numer. 2. C. de reuoc. donat.* nec in correctorijs aut exorbitantibus admittitur extensio ad casum jure communi decisum, *Bart. in d. l. omnes populi, num. 60.* Præsertim in quo tanta non militat ratio, quanta in expresso, *Bolognet. in d. l. omnes pop. n. 228.* Imo si maxime subsit eadem & æque potens vtrinq; ratio, tamen in correctorijs aut exorbitantibus extensioni locus esse nequit, quando, ut in proposito evenit, casus non expressus ne quidem sub lata significatione verborum dispositionis continetur, *gl. in §. 1. verb. curationem, in auth. ut hi qui oblig. Ioan. de Imol. in l. si vero, §. de viro, n. 15. ff. solut. matr. Alex. consil. 204. volum. 2. Paris. plures allegans consil. 47. num. 77. volum. 3. Hieron. Gabr. consil. 14. num. 27.* & quod etiam in materia, quæ solet alioqui extensionem admittere, licita non sit extensio, quando minor in uno casu ratio subest, quam in altero, tradunt *Aretin. consil. 25. circa fin. Alexan. consil. 29. num. 4. lib. 6. Socin. consil. 9. lib. 3. Decius consil. 200. Craueta. consil. 6. nu. 10. consil. 67. num. 6. consil. 176. num. 2. vol. 1. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 39. num. 19.* Est etiam quod imputetur creditoribus, qui sciverunt vel scire potuerunt ac debuerunt, feudum non alienatum sine onere post obitum debitoris esse transiturum ad successorem, nihilo minus cessarunt exigere viuo debitore, imo ne quidem vrserunt eum, ut hypothecam, quod facere poterat, eis in feudo constitueret. Damnum igitur, si quod sentiunt, suæ potius ascribere negligentiæ debebunt, quam à feudi successore solutionem desiderare, *c. damnum, de regul. jur. in 6.*

40 Nec † obstant adducta in contrarium: Feuda namq; casu nostro non habent propriam feudi naturam, & habentur loco allodialium, sed hactenus tantum, quatenus alienari libere possunt, *ut præ cæteris aperte denotant Guid. Pap. d. decis. 59. & decis. 297. Petr. Greg. in syntag. jur. lib. 6. c. 17. num. 5. Vultei. d. c. 10. numer. 92.* in cœteris à genuina feudi natura minime degenerant, *c. 1. §. donare, qualitat. ol. pot. alien. feud. c. 1. vbi Dd. de feudo non hab. propr. feud. nat.* Regula vero *l. ex qua persona, ff. de regul. jur.* eo demum casu procedit, quando lucrum provenit ab illa ipsa persona, cujus factum præstari debet: at cum ab alia provenit, isque de cuius facto præstando agitur, in eo saltem alteri profuit, quia suo jure, quo lucrum illud consequi vel intervertere potuit, vsus non est, ut hic usuvenit, dictæ regulæ non est locus, prout evidenter patet ex *l. qui autem, in princip. ff. quæ in fraud. cred.* ubi repudiatam à debitore hæreditatem consequitur alter, nec tamen factum ipsius æs alienum contrahentis præstare tenetur. Nec est eadem in filio, & succedente in feudo, quod alienari poterat, ratio: filius enim ita feudi adeptione lucrum à patre consequitur, ut ad feudum non nisi ex persona sui patris feudum ab antecessoribus quæsitum legitime præ cœteris agnatis adipiscentis, idque post mortem ad suos descendentes transmittentis venire potuerit, siquidem aliàs per agnatum primo acquirenti propiorem excluderetur: cum è diverso agnatus feudum, quod alienari poterat, non ex persona defuncti, *Hartman. Pistor. lib. 2. quæst. 6. numer. 8. 9.* Sed ex investitura antecessorum, qua fuit comprehensus, consequatur, *c. 1. ibi, per investituram, de feudo March.* nec lucrum à de-

à defuncto ad eum perveniat, nisi quatenus omittendo alienationem ille non impedivit, quo minus hic jure suo in feudo succederet: id quod minime ad hoc sufficere, ut creditoribus defuncti propterea teneri debeat, patet ex *d. l. qui autem, in princ. ff. quæ in fraud. cred.* Imo licet eadem foret utrobiq; ratio, non tamen dispositio *c. 1. vers. ubi vero filium, an agnat.* iuri communi derogans ad agnatum in feudo antiquo alienari permisso succedentem fuerit extendenda: tum, quia casus noster ne quidem sub lata significatione verborum dictæ dispositionis, verum sub responso priore *d. c. 1.* continetur: tum, quia licet allata ratio sit admodum probabilis, attamen præter eam aliæ plures ab interpretibus assignantur in *d. c. 1.* at quoties in aliqua dispositione rationes plures assignari possunt, fieri nequit extensio de uno casu ad alterũ, *Bologn. post alios in l. omnes pop. n. 228. vers. sed solum, ff. de iust. & iure. Cor. consil. 253. lib. 4. Crav. cons. 67. num. 7. consil. 173. num. 13. vol. 1.* tum, quia dispositio *d. vers. ubi vero filium,* non est favorabilis, sed odiosa, quippe ius tertij, nempe filij successuri maximopere lædens: & in exorbitantibus sive juri communi derogantibus non admittitur ob eandem vel etiam majorem rationem extensio dispositionis, nisi sit favorabilis, *Jason ad rub. ff. de re judic. num. 11. Cravet. consil. 173. num. 11. vol. 1.* Ac licet sub lata significatione verbi *alienare* contineri videatur etiam hæredis institutio sive testamentaria dispositio, tamen hoc in proposito locum habere non potest, quia cum consuetudo sit facti, *Gall. lib. 2. observ. 149. num. 10.* & restringatur per actus, quibus inducitur, *Natta consil. 502. num. 40.* inde consequitur, eam nec posse nec debere trahi ad hæredis institutionem vel dispositionem testamentariam, quoties nihil amplius constat, sive doceri potest, quam inter vivos alienari consuevisse feudum in præjudicium successorum alienationi minime consentientium, *Curt. consil. 171. Hieron. Gabr. consil 83. num 58.* Adde quod tanta non sit ratio permittendi dispositionem de feudis in ultima voluntate, quanta subest in alienatione inter vivos, cum tam facile non soleant homines alienare inter vivos, quam in ultima voluntate relinquere vel hæredem instituere, eoq; longe magis obsit successoribus permisso testamentariæ dispositionis, quam alienationis inter vivos: Vnde licet feudum pro parte dimidia potuerit alienari ante Lotharij prohibitionem, *c. 1. de alien. feudi*; nullius tamen curiæ consuetudine de eo licuit in ultima voluntate disponere, *c. 1. in princ. de succ. feudi. c. 1. §. donare, qual. ol. feu alie. pot.* Quare neutiquam censeri debebit, statutum vel consuetudinem permittendo alienationem, simul etiam permisisse dispositionem de feudo in ultima voluntate, cum in exorbitantibus ad casum, qui sub lata significatione verborum dispositionis alioqui contineri potest, extensio fieri non possit, quoties in eo minor subest ratio, quam in altero, *c. ult. de translat. Episcop. Cravet. consil. 176. num. 2. vol. 1. Joan. Bolognet, in l. omnes populi, nu. 227. vers. nec obstat ratio, & num. 228. ff. de iust. & iure*; & quod lex permittens disponere de feudo per viam contractus sive actus inter vivos, non censeatur permittere dispositionem per testamentum, tradit præ cæteris *Camerar. in repet. c. imperialem, in princ. pag. 376. vers. ex quo & hoc aliud: ac pros bib. feu. alien. per Frid. Sentii etiam Hiero. Gab. consil. 83. num. 58.* Quin etsi de feudo testari liceret, agnatus tamen ex testamento debitoris hæreditatem repudiare, feudumq; ex investitura majorum ad se devolutum retinere posset, *c. 1. an agnat. l. 1. §. non quærimus, ff. si quis omissa caussa testa. l. cum pater, §. Titio, vers. prudentius, ff. de legat. 2.* Vt omittam, debitorem non faciendo tum demum in fraudem creditorum facere videri, quando propter omissionem bona ipsius diminuuntur, puta, si non utendo servitutes amittat,

l, in

l. in fraudem, ff. quæ in fraud. cred. Nam si non faciendo non diminuat patrimonium, saltem sit in caussa, ne possint inde solutionem consequi creditores, vnde ipsis potuisset alioqui satisfieri, non censetur fraudasse creditores, *l. qui autem, in princ. ubi Dd. ff. quæ in fraud. credit. l. non fraudantur, ff. de regul. juris.*

41 Cœterum † si viuo debitore facta fuisset executio in feudum fructuum percipiendorum gratia, creditores immissi feudum successori liberum dimittere non ante tenebuntur, quam sit eis integre satisfactum, siquidem jus pignoris executione in feudo constitutum morte debitoris non magis resoluitur, quam dominij translatio resolveretur, si feudum viuo debitore fuisset alienatum: Permissa namq; alienatione pariter etiam permissa intelligitur oppignoratio, *ut est gloss. not. in l. 2. ubi Bald. numer. 5. C. de patrib. qui fil. distrax. Dec. in l. non debet cui, num. 2. ubi Cagnol. numer. 4. ff. de regul. jur.* cum in eo quod est plus, semper insit & minus, *l. in eo quod plus, ff. de regul. jur.* & cui licet, quod est plus, etiam licere debeat, quod est minus, *c. cui licet, de regul. jur. in 6.* Vnde data licentia vendendi feudum, simul etiam datam censeri licentiam id oppignorandi, tradit *Martin. Laud. in c. imperialem, in princ. num. 20. de prohib. feud. alien. per Frid.* Requiritur tamen, ut caussa propter quam permittitur alienatio, locum habeat etiam in oppignoratione, prout in casu *d. l. 2.* de quo gl. ibidem loquitur, eadem vtrinq; caussa, nimia nempe paupertas, subest: nam si caussa permittendi deficiat in oppignoratione, vix permisionem ipsius inferre licebit ex alienationis permissione, *per ea quæ tradunt Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princ. pag. 386. versic. & quia: & in octaua conclusione de assensu, p. 411. & seqq. Vincent. de Franch. p. 1. decis. 71. num. 15. 16. 17. Hartman. Pistor. lib. 2. q. 49. num. 29. & 31.* Cum in correctorijs siue juri communi derogantibus non valeat argumentum à majore ad minus, secundum communem Dd. sententiam, de qua præ cœteris testantur *Jas. in auth. quas actiones, num. 21. C. de sa rof. Eccl. & Dec. in d. l. non debet cui, num. 4. ff. de reg. jur.* Restringitur quidem a Iasone *in d. auth. num. 24.* ne procedat, quando statutum corrigens reducit nos ad jus antiquum: Sed hactenus admittenda venit isthæc limitatio, dummodo caussa dispositionis in majore peræque militet in minore, *Dec. in d. l. non debet cui, n. 7. ubi Cagnol. n. 13. & 14. sensit q. Camer. in rep. d. c. imperialem, in octaua conclusione de assensu: Crauet. cons. 17. num. 2.* Similiter si de mente statuentium aliunde constet, quod alienationem solam permittere voluerint, dubium non est, oppignorationem remanere sub prohibitione juris communis, *Camerar. d. concl. octaua,* satisq; patet ex *l. si pupillarum, §. si prætor, ff. de reb. eor.* siquidem decretum permittens alienationem vel obligationem prædiorum pupillarium interponitur mediante caussæ cognitione, in qua intercœtera id etiam perpenditur, utrum alienatio an obligatio pupillo magis expediat, & consequenter una earum decreto permissa, tacite intelligitur altera exclusa, *l. magis, §. non passim, versic. idem prætor, & d. l. si pupillorum, §. quid ergo, ff. de rebus eorum.*

Limit. III. Quoties hoc pacto conceditur feudum, ut æs alienum, quod à vasallo contractum fuerit, successor solvat: namq; tale pactum valere atq; servandum esse, non ambigitur, cum nec feudi substantiæ, nec bonis moribus adversetur, & investituræ ab initio quodcunq; pactum inseri posit, *l. in traditionibus, ff. de pact. c. 1. §. præterea, quid sit inuest. c. 1. de feudo non hab. prop. feud. nat. cum simil.* Quod † si feudum sit concessum cum alienandi potestate, (quæ quando pacto concessa intelligatur, liquet ex traditis per *Dd. in d. c. 1. de feud. non hab. prop. feud. nat. Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princip. versic. nos autem, pag. 385. & seqq. Thom. Gramma-* 42 43

 mat.

mat. decis. 103. num. 128. & seqq. Cravett. consil. 256. num. 4. volum. 2. & responso 1. pro genere, nu. 356. usq; ad 363. Roland. à Valle de lucro dotis, q. 54. num. 19. usq; ad fin. Schrad. de feud. p. 8. c. 2. numer. 58. Vultei. lib. 1. de feud. c. 10. nu. 65.) debitor quidem feudum in solutum dare sive alienare poterit: at si retinuit usq; ad obitum, creditores eo defuncto, nec e feudo, nisi sit oppignoratum, nec à feudi successore solutionem consequi poterunt, per ea quæ modo fuere deducta.

44 Limit. IV. in debitis ad utilitatem feudi contractis, quibus defunctus feudum ab onere quopiam ad agnatum vel dominum alioqui transituro liberavit, aut aliter feudi conditionem fecit meliorem: huiusmodi namq; debita feudi successor solvere debet, *Andreas de Isern. in c. 1. §. quid ergo, num. 6. ubi Martin. Laudens. num. 12. Paris de Puteo, versic. an si fuit executio, Afflict. num. 5. de investit. de re alien. fact. Isern. in c. 1. num. 3. & ibid. Afflict. num. 11. an agnat. vel fil. Bald. in l. 2. num. 5. C. commun. de legat. & consil. 232. num. 2. lib. 3. Jacobin. de S. Georg. de feud. verb. & dicti vasalli, numer. 39. versic. limitabitis tamen. Afflict. ad constit. Neapolit. lib. 1. rubr. 97. incip. si quis post litem, num. 21. & lib. 3. rub. 14. incip. fratrib. Ripa in l. obligatione, numer. 38. ff. de pignor. Capic. decis. 198. num. 1. Albert. Brun. consil. feud. 104. Cravett. consil. 197. num. 1. volum. 1. Camerar. in repetit. d. c. imperialem, in princip. versic. quarto & ultimo dicunt, p. 81. & seqq. Marin. Freccia lib. 2. de autorit. & potest. baron. §. pluribus autem modis, num. 75. versic. vigesimo quinto limita. Gaill. lib. 1. observ. 117. num. 4. Modest. Pistor. cons. 5. quæst. 3. num. 23. vol. 1. Ambros. Schurerius de hæredit. ab intest. tit. 20. Joan. Thom. de Marin. de gener. & qualitat. feudor. tit. 2. de feudo ex pact. & provid. antiquit. num. 63. Curt. de feud. p. 4. num. 95. Moz. de feud. sub rubr. qua actio oria. ex feud. numer. 13. & sub rub. ex quibus causs. feu. amitt. num. 129. & de pignorib. ac hypothecis, sub rubr. de reb. qua pignori dari poss. num. 25. Joan. Borcholt. de feudis, c. 7. num. 94. versic. sane si Michael Teuberus q. 44. num. 9.* communemq; *perhibet sententiam Toming. decis. 27. num. 6. quam approbavit etiam electoralis constitutio Saxonica 46. part. 2. Eandem perhibet* communem, *ac pro parte sequitur Schrad. de feud. p. 7. c. 7. num. 44. 47. 48.* Probatur autem per text. *c. 1. §. si vasallus, versic. idem dico, hic fin. lex.* ubi pretium servitutis feudo per vasallum pecunia mediante quæsitæ solvere tenetur dominus: quod cum procedat, etiamsi vasallus propria pecunia feudo servitutem acquisiverit, multo magis obtineat necesse est, cum pretium aliunde mutuo sumsit. Nec excipere licebit, servitutem esse commodum feudo reipsa inhærens, cum e diverso onera feudi, quæ vulgo sic ab interpretibus nuncupantur, non reale jus in feudo inducant sive constituant, sed personas feudum obtinentes ita persequantur, ut obligentur occasione feudi, quod per sese liberum remanet, *Camerar. præ cæteris loc. rel.* Non enim feudi successor ad pretium servitutis ideo tenetur, quia servitus acquisita feudo reipsa inest, sed quia cum feudo servitus etiam ad ipsum transit: quod vel inde patet, quia servitutis eo pacto, ne ultra vasalli vitam usurpetur, acquisitæ pretium successor minime tenetur solvere, *l. vel si vites, ff. de impens. in res dot. fact. juncta l. cum qui, §. quæsita, versic. nam & hæres, ff. de verbor. obligationib.* Proinde cum etiam onus feudi, licet feudo reipsa non insit, transiturum fuerit ad feudi successorem, nisi defunctus id contracto debito sustulisset, & consequenter ob sublatum onus successor emolumentum sentiat, merito debitum ea de caussa contractum solvere cogitur, *d. §. si vasallus.* Deinde quæ propter onera feudi eroganturs nihil aliud sunt, quā impendia, non præsentis temporis modo, sed perpetuam potius feudi utilitatem concernentia, siquidem successores etiam oneribus illis una cum

cum feudo ad ipsos alioqui transituris liberantur: At huiusmodi impendia constat esse ab eo resarcienda, qui caussam a defuncto domino non habet, sed proprio jure rem, propter quam fuerunt erogata, consequitur, *l. qui ex.cptionem, §. si pars, ff. de condiction. indeb. l. divortio, in fin. ff. solut. matrim. l. domos, cum ll. seqq. ff. de legat. 1. & toto tit. ff. de impens. in res dot. cum similib.* Nec refert, quod in ipsam rem in feudum concessam non videantur collata, quæ propter onera feudo reipsa non inhærentia erogantur: Sufficit enim erogatum fuisse ob rem, quam in impendijs veluti finem & scopum intuemur: Ita cum litis æstimatio, quam solvi expediebat, ab eo, qui noxali actione conveniebatur, præstatur, aut sumtus requirendi servi fugitiui gratia fiunt, ad seruum haud quicquam pervenit, quia tamen ipsius caussa sive propter ipsum facta fuit erogatio, dubium non est, quin eam litis æstimationem, aut sumtus resarcire dominus teneatur, *l. sin autem, §. in repetita, versic. idem est, ff. de rei vendicat. l. in reb. §. possunt, ff. commod.* Nisi namq; prior dominus aut possessor hæc impendia fecisset, posterior seruum consequi vel recuperare nequiuisset, aut ob seruum oneribus iisdem fuisset obnoxius, *§. omnis autem, instit. de noxal. action.* Præterea cum defunctus vasallus propter onera feudi pecuniam aliunde mutuo sumsit, feudiq; ab oneribus liberandi caussa erogavit, non suum duntaxat, sed cum primis etiam successoris negotium gessit vtiliter, siquidem pro ea re, ad quam successor feudo ad ipsum devoluto teneretur, ita contraxit, vt successorem ab ea reddiderit immunem; quo fit, ut ad id, quod ad vtilitatem successoris defunctus erogauit, sive quo sese in rem successoris alicui obligavit, hæredi contra feudi successorem actio negotiorum gestorum competat, *l. 2. l. quæ vtiliter, in princip. & §. vltim. ff. de negot. gest.* Nec dici potest, defunctum suo potius, quam successoris nomine feudi onera sustulisse, ac proinde non habuisse animum obligandi alterum, eoque nec actioni obligationem præsupponenti locum esse posse, *l. in hoc judicium, versic. hoc cum, ff. commun. diuid.* Erogauit enim non tam suo, quam feudi nomine, sive quatenus est feudi possessor, ac propter feudum post mortem suam transiturum ad alterum: eoq; cum erogatio prosit etiam successori, nec tamen animus donandi præsumi possit aut debeat, *l. cum de indebito, versic. qui enim, ff. de probatio. l. donationes, §. eiusmodi, ff. de donat.* id egerit oportet, ut hæredi vel creditori suo successorem obligaret, *l. in hoc judicium. versic. at cum, ff. commun. diuid. l. et qui, versi. alioqui, C. quod cum eo, l. hereditas, §. 1. ff. de petit. hereditat. Cuiac. tract. ad African. 8. in l. vltim. versic. nam sine distinctione, ff. de negot. gest.* Multo minus excipere licebit, eum commune potius quam alienum gessisse negotium, nec sponte, sed cogente necessitate: quo casu negotiorum gestorum agi non posse, liquet ex *l. si communes, ff. de negot. gest. l. heredes, §. si vnus, ff. famil. hercisc. l. prætor ait, §. generaliter, ff. de reb. aut. judic. possid.* Nihil enim defunctus cum feudi successore commune habuit, sed jure illius per mortem extincto jus alterius incipit, nec actioni communi dividundo aut alij locus hic esse potest, & quoties ob necessariam gestionem alienorum negotiorũ alia non competit actio, locum habet vtilis actio negotiorum gestorum, *l. curatoris, cum l. seq. C. de negot. gest. l. ait prætor, §. hac actione, ubi Bartol. Castr. & reliqui, ff. de negot. gest.* Est insuper textus in *l. vn. §. sed nec ob impensas, C. de rei vxor. act.* ubi maritus, qui durante matrimonio rerum dotalium dominus est, *l. si maritus, l. dotale, §. dotale, ff. de fundo dot. cum similib.* potest soluto matrimonio à muliere vel hæredibus eius actione negotiorum gestorum repetere, quod circa res dotales utiliter erogauit. Quod si maritus durante matrimonio utiliter

erogans circa res dotales, censetur gessisse negotium eius, ad quem soluto matrimonio dos est reversura, ut possit inde agi negotiorum gestorum soluto matrimonio, utiq; vasallus etiam circa feudum erogans censeri debet gessisse negotium eius, ad quem feudum post mortem suam est transiturum: non minus enim successori feudi, quam consequenti dotem prodest erogatio, nec specialiter illic actio negotiorum gestorum contra rationem juris communis ab Imperatore indulgetur, prout sensit etiam *gloss. in l. divortio, §. ultim. ubi Bartol. Castrens. & cæteri Dd. ff. solut. matrimon.* Hinc etiam ratione impensarum in emphyteusin factarum competere actionem negotiorum gestorum contra successorem, tradidit *Bald. in c. 1. § si quis de manso, numer. 13. de controvers. investit. Præposit. in c. 1. §. si vasallus, hic fin. lex.* Sin vero creditor ipse solvit propter onera feudi, ne tum quidem videtur ambigendum, ei non modo contra vasallum possidentem, verum etiam post ipsius obitum contra feudi successorem competere actionem negotiorum gestorum; cum non minus hunc, quam illum exemerit ab oneribus feudi, quibus alioqui fuissent obnoxij, proinde vtiliter ipsorum negotium gesserit, *l. cum pecuniam, l. quæ utiliter, in princip. ff. de negot. gest. l. 2. l. si filius, l. si negotium, C. d. t.* Nec relevabit successorem, si prætendat, se tunc temporis non possedisse feudum, nec sibi onus incubuisse: Licet enim tunc onera ei non incubuerint, quia nec possedit, omnimodo tamen futurum erat, ut ad eum illico post successionem pertinerent; proinde cum creditor pecunia sua relevarit eum, ne oneribus hisce fieret obnoxius, tantumque absit, successoris interfuisse, eam pecuniam non erogari, ut idipsum potius ei maxime profuerit, merito ad resartionem eius, quod pro ipso vtiliter erogatum est, contra eum agi potest negotiorum gestorum, non quidem ante, quam in feudum successerit, quia nec oneribus tunc fuisset obnoxius, sed postea demum, quando feudum oneribus illis pecunia creditoris exemtum ad ipsum pervenit, isque actu commodum erogatæ pecuniæ sentit, *l. si quis aliena, ff. de negot. gest. l. hæreditas, §. 1. ff. de petition. hæredit. l. solidum, ff. de solution. §. si quis agens, versic. tempore, instit. de actionib.* Imo tum quoque, cum defunctus à creditore sumsit mutuo pecuniam, eamque ad feudi utilitatem convertit, creditori competere videtur actio contra feudi successorem, quatenus in huius rem sive utilitatem pecunia processit: tum per adducta superius in ampl. 4. *numer. 7. vers. denique licet:* tum etiam, quia constat, defunctum convertendo acceptam pecuniam in feudum propediem transiturum ad alium, non suum duntaxat, sed cum primis successoris feudi negotium gessisse: at quoties creditor cum homine libero sine mandato res alterius agente contraxit, etiamsi personam eius elegerit, nihilominus contra illum, cuius res sive negotia gesta sunt, actionem habet, quatenus in rem sive utilitatem eius pecunia processit, *ut est textus ad hoc notabilis in l. et quæ, versic. alioqui, & ibid. post gloss. notant Bart. Bald. num. 1. 2. & 11. Castrens. & reliqui Dd. C. quod cum eo, gloss. in l. si pupilli, §. 1. ubi Bart. num. 8. Bald. num. 5. Castr. num. 3. ff. de negot. gest. Ias. in l. his solis, ff. de condict. indeb. Natta consil. 547. n. 18.* Accedit hisce, quod alioqui successor feudi locupletaretur cum jactura hæredis tanto minus in bonis defuncti allodialibus consecuturi, quanto plus æris alieni ad utilitatem feudi defunctus contraxit: cum tamen jus naturale non admittat, quenquam cum alterius jactura fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura, ff. de condictio. indeb. l. jure naturæ, ff. de regul. jur.* & æquissimum sit, in damno eum non versari, qui repræsentat personam defuncti utili-

utiliter erogantis aut sese obligantis in rem alterius, *l. quæ utiliter, in princ. & §. ult. ff. de negot. gest.* & rationi congruat, ut agnatus vel dominus etiam in onere feudum concernente succedat, qui substituitur in honore, *c. rationi, de regul. jur. in 6.* Quinimo creditor aut hæres feudum possidens retentione uti, & exceptione doli contra successorem feudi se defendere potest, *l. 1. in princ. vers. si tamen, ff. quib. mod. pign. vel hypot. solut. Schrad. & per eum allegati in tr. feud. p. 8. c. 2. numer. 5.* Loquitur quidem *d. l.* de liberatione rei a nexu pignoris, quod est jus in ipsa re constitutum: Sed cum ratio decisionis ea sit, quod possessor liberando rem à nexu pignoris utiliter ob rem retentam erogaverit, & rei dominus eam petendo, nec tamen præstando, quæ propter illam utiliter erogata fuerunt, contra naturalem æquitatem lucrari conetur, cum possessoris detrimento, nec eodem jure uti velit, quod ipse in alterum statuit, & consequenter dolo faciat, *l. apud Celsum, §. idemq́., §. Labeo, & §. si minor, ff. de except. dol.* & in proposito militet eadem ratio, nec minus hic feudum ab oneribus incumbentibus & ad successorem transituris liberatum fuerit, quam illic res à nexu pignoris, non immerito *d. l.* dispositio casu quoq; nostro sibi locum vendicat, vel eo magis, cum sit regulare, ut pro impendijs ob rem factis retinere liceat rem, donec utiliter erogata resarciantur, *l. sin autem, §. in re petita, ff. de rei vendic. l. in hoc judicium, ff. communi divid. l. si in area, l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de condict. indeb. l. si necessarias, ff. de pign. act. l. quod dicitur, ff. de impens. in res dot. fac. l. apud Celsum, §. si minor, l. Paulus, ff. de exceptio. doli, cum concor.*

45 Contrarium † tamen, nempe debita vasalli ratione vel occasione feudi contracta, dummodo feudum jure aliquo reali non sit affectum, solvenda non esse ex bonis feudalibus, tuetur *Jacob. Tomingius decis. 27. num. 15. & seqq. suam in sententiam inclinare videntur Schrad. de feud. p. 7. c. 7. num. 44. & seqq. Hartm. Pist. lib. 2. q. 6. num. 70. Joan. Koppen decis. 39. num. 35. & seqq.* Movetur Toming. ea primum ratione, quod in jure feudorum nihil de feudi oneribus, quorum interpretes supra relati crebro meminerunt, dispositum reperiatur, sed in constitutionibus tantum Neapolitanis, quarum nulla vis apud eos, qui regi Neapolitano minime subsunt, mentio de ijsdem habeatur. Verum etsi onerum feudi non fiat in jure feudorum expressa mentio, tamen esse nonnulla, quæ feudi successores præstare debeant, licet feudum pro eis non sit obligatum, non modo bona consequentia colligitur ex jure communi, quod ijs in casibus, vbi jus feudorum deficit, sequendum esse constat, *c. 1. vers. strenuus, de feudi cognit.* verum etiam liquet ex *c. 1. §. ult. episcop. vel abbat. c. 1. §. si vasallus, hic fin. lex,* ut mox luculentius deducetur. Nihil autem interest, verbo quid in legibus exprimatur, an aliter denotetur, aut bona consequentia ex ijsdem inferatur, *l. certum, ff. si cert. pet. l. triticum, ff. de verbor. obligat. & utrobiq. not. per Dd.* Procedit igitur objecta ratio duntaxat in ijs oneribus, quæ nec jure communi, nec jure feudorum, sed peculiari demum consuetudine vel statuto sive constitutione certæ provinciæ seu loci sequuntur feudi successores; ut est obligatio vasalli fidejubentis pro domino; qua feudi successor oneratur ex constitutione regni Neapolitani, quam vires extra illud non exerere nemo negat. Secundò sic argumentatur Tomingius: Debitum à vasallo contractum, pro quo feudum specialiter & legitime non est obligatum, est onus hæreditarium, *l. ex facto, vers. unde scio, ff. de hær. instit. cum simil.* at feudum regulariter ab omni onere hæreditario liberum est, *c. 1. vbi Dd. an agnat.* Ergo feudi successorem id solvere non oportebit. Sed hæc ratio licet in cœteris debitis obtineat, in eo tamen, quod ob feudum sive propter onera feudi contrahitur, nequit pro-

cedere, quia negari potest, id onus hæreditatis esse, cum antea fuerit ostensum, pro eo recuperando contra feudi successorem competere actionem, retentionem & exceptionem: & hæres exceptionē se tueri queat contra creditorem, ne solvere compellatur, quod ad utilitatem feudi, & succedentium in eo defunctus impendit sive convertit, sed liberetur cedendo actionem adversus feudi successorē, per ea quæ superius ampl. 4. *nu. 7. vers. posset quidem*, annotata fuere. Quin etsi concederetur, id etiam onus hæreditatis esse, tamē ideo ratio nihil obesse posset, quia feudi successor hoc debitum solvere compellitur, non quatenus est onus hæreditatis, sed quatenꝰ utiliter ob feudum sive propter onera feudi fuit erogatum, *l. unic. §. sed nec ob impensas, C. de rei ux. act. toto tit. ff. de impens. in res dot. fac.* Tertiò regulam *l. 3. in fin. C. ne ux. pro mar.* objicit, quæ huc ideo minime quadrat, quia non asserimus, feudi successorem ex contractu defuncti celebrato cum creditore obligari, verū id ostendimus, cum ex quasi contractu negotiorum gestorum inter creditorem vel debitorem & ipsum inito teneri, feudumq; vendicantem doli exceptione repelli posse, donec satisfecerit: Quamobrem sive creditor ipse sua sponte pecuniam utiliter ob feudum seu propter onera feudi erogavit, mirum non est, cum agere negotiorum gestorum posse contra feudi successorem, cuius negotium utiliter gessit, *l. cum pecuniam, l. quæ utiliter, in princ. ff. de negot. gest. cum simil.* Sive priori saltem vasallo ad utilitatem feudi erogaturo pecuniam credidit, nihil ei quidem cum feudi successore negotij intercessit, quia tamen æquum est & bonum, pecuniam a feudi successore, cuius emolumento ea cessit, reddi, ne cum alterius jactura locupletetur, & hæres, contra quem actio creditori competit, liberari posse videtur cedendo actionem, merito creditor caussa circuitus evitandi etiam sine cessione agere potest contra feudi successorem, *l. dominus testamento, ff. de condiction. indeb. l. cum fundus, §. servum tuum, ubi Bartol. numer. 6. Castrens. num. 6. & seqq. Alex. num. 8. & 9. l. si me & Titium, ubi Aret. num. 2.* communem *dicit, ff. si cert. pet.* *quibus opitulatur inprimis l. et qui, vers. alioqui, & ibid. not. per DD. C. quod cum eo.* Ex quarta vero ratione, quod feudum facto & beneficio non vasalli proxime defuncti, sed primi tum acquirentis tum concedentis successor acceptum ferat, tantum abest, inferri posse, æs alienum á defuncto ad utilitatem feudi contractum a feudi successore non esse solvendum, ut contrarium inde concludi, ratioque commodissime retorqueri possit, quia cum feudi successor facto sive beneficio defuncti fuerit relevatus ab oneribus feudi, adeoq; per illum feudi ad successorem transeuntis conditio melior facta fuerit, debitum eo nomine contractum jure merito solvere compellitur, *l. secundum naturam, l. ex qua persona, ff. de regul. jur. cum similib.* Quinto Schraderus *d. p. 7. c. 7. numer. 45.* sic arguit: Ex contractu inter creditorem & debitorem inito duntaxat actio personalis oritur, *§. omnium, instit. de action.* quæ contra successorem singularem, qualis est agnatus & dominus, minime competit, *§. si quis una, instit. de fideicom. hæreditat. l. ult. §. ulti. ff. de action. emt. cum simil.* Verum etsi actio, quæ ex contractu inter creditorem & defunctum inito competiit contra defunctum, ei non competat contra succedentem in feudo, quatenus tamen ex eo contractu in rem sive utilitatē successoris pecunia processit, agere potest creditor contra successorem, *per text. l. et qui, §. alioqui, C. quod cum eo. l. si quis mancipijs, in fin. ff. de institut. act. facit l. si me & Titium, ff. si cert. pet. l. dominus testamento, ff. de condictio. indeb.* prout etiam hæres contra successorem agere potest, quatenus defunctus ipsius etiam negotium utiliter gessit, *l. 2. ff. de negot. gest.* Sexto objicit regulam *l. si ea pecunia, 6. C. de rei vend. l. si patruus, C. commun. utriusq. jud.*

ad. l. 1. l. unicum, C. si quis alteri vel sibi l. quamvis, C. de pignor. inferens inde, cum creditor, cuius pecuniam defunctus in necessitates feudi expendit, in eo nec dominium, nec jus pignoris in feudo consequatur, sed personalem duntaxat contra hæredem defuncti actionem habeat, feudi successorem ei teneri minime posse. Sed prætérquam quod hæc ratio cum priore coincidit, eademq; solutione tollitur, potest etiam responderi, regulam oppositam habere locum, quando ex pecunia alterius quis tantum suo nomine rem emit, reficit, aut meliorem reddit, prout evidenter patet ex legibus pro ea allegatis, eoq; cum in eo desit animus obligandi successorem rei, nequit ea de caussa contra hunc actio competere, *l. in hoc judicium, §. diversum, ff. commun. divid.* At vasallum non suo solum, sed cum primis etiam successoris nomine pecuniam erogare, antea monstratum: proinde nec mirum, agi quoque posse contra feudi successorem, etiamsi in feudo reale jus agenti minime competat. Septimò ponderat, quod ex pecunia mutuo sumta, & in aliena negotia conversa ab eo, qui nec mandatum habuit, nec negotiorum gestor fuit, obligetur is tantum, qui mutuo sumsit, non alter in cuius negotia pecunia fuit conversa, *l. cum qui, l. non adversus, C. si cert. pet. Bartolus in d. l. ei qui, C. quod cum eo.* Quare licet vasallus pecuniam sibi creditam vertat in necessitates feudo incumbentes, tamen ipse tantum obligabitur, non autem feudi successor conveniri poterit. Sed hoc argumentum præsupponit, vasallum quatenus ad utilitatem successoris pecuniam erogat, non esse negotiorum gestorem, cum tamen sit aperti juris, eum qui non sui tantum, sed & alterius caussa quid utiliter erogat, id agere, ut ipsum obliget, *l. in hoc judicium, versic. at cum, ff. commun. divid.* adeoque negotium ipsius gerere, *d. l. in hoc judicium, l. 2. l. quæ utiliter, in princip. ff. de negot. gest. l. unic. §. sed nec ob impensas, C. de rei uxor. act.* tamque sit negotiorum gestor, qui unicum alterius negotium, qualecunque sit, gerendum suscipit, quam qui plura, *l. 3. versic. negotia, l. sed & cum, ff. de negot. gest.* Ac licet in *d. l. cum qui*, dicatur, cum qui mutuo sumsit pecuniam in res alienas, remanere obnoxium, non tamen ibi negatur, quod in *d. l. ei qui, versic. alioqui, C. quod cum eo*, manifeste asseritur, nempe creditori dominum etiam esse obligatum, si pecunia sit in rem eius versa, *gloss. in d. §. alioqui, ubi Castrens. & reliqui.* In *d. l. non adversus*, pecuniam aliunde mutuo sumtam debitor alij crediderat, eoq; non alterius negotium gesserat, sed mutui contractum cum eo inierat, proinde nec mirum, si creditor adversus eum, cui debitor crediderat pecuniam, non habeat actionem, uti nec si debitor eam alicui solvisset, creditor contra eum, cui soluta fuit, experiri posset: at casu nostro debitor nomine feudi sive succedentis in eo pecuniam erogavit, & successoris negotium utiliter gessit: quare merito iuxta dispositionem *d. versic. alioquin*, huc omnimodo quadrantem, creditor contra feudi successorem habet actionem, quatenus in rem eius processit pecunia. Quanquam etiamsi admitteretur sive præsupponeretur, debitorem pecuniam aliunde mutuo sumtam alteri credidisse expendendo eã in illius negotium, nihilominus evitari posset *d. l. non adversus*, cum nec ibi negetur, creditorem habere actionem contra tertium, cuius in rem pecunia processit, saltem id asseratur, debitorem contra juris formam postulare, ut creditor ipso dimisso contra tertium, ad quem pecunia pervenit, experiatur. Bartolus autem *in d. l. ei qui*, dum negat, eum ad quem pecunia pervenit, ullo modo teneri, nominatim præsupponit eum casum, quando creditor cum aliquo penitus extraneo non gerente negotia alterius contraxit, qualis est is, qui pecuniam sibi creditam alteri mutuo dat,

aut alij cuipiam creditori suo solvit: at cum is, cum quo creditor contraxit, alterius negotium gerit, prout hic evenit, quando vasallus ad utilitatem feudi sive successoris feudalis mutuo sumit pecuniam & erogat, Bartolus cum glossa cœterisque Dd. clare asserit, creditorem licet eius modo, qui mutuo sumsit pecuniam, contemplatione contraxerit, nihilominus contra dominum habere actionem, quatenus in rem eius pecunia processit, *per text. ibid.* Ut omittam, quod rationes contra communem allatæ etsi ponderis aliquid haberent, nihil tamen amplius evincere possent, quam ei, qui pecuniam defuncto credidit, successorem feudi non esse obnoxium: interim vero nihil obstaret, quo minus hæres defuncti vasalli utiliter ob feudum erogata repetat à feudi successore, *c. 1. §. si vasallus, hic finitur lex.* Tutius igitur est, inhærere communi sententiæ manifesta æquitatis ratione subnixæ, quæ ut evidentius pateat, non abs re fuerit, aliquot exempla debitorum ad utilitatem feudi sive propter illius onera contractorum sigillatim deducere.

46 Cum primis † constat, his qui ex dispositione juris feudorum aut statuti vel ex consuetudine sunt inhabiles ad feudi successionem, alimenta è feudo præstanda esse, *text. est notabilis in c. 1. §. ult. episcop. vel abb.* qui de muto quidem loquitur, non tamen ambigendum, idem juris esse in cœteris successionis incapacibus, *ut sensit gloss. in c. 1. ubi Dd. ac præ reliquis Afflict. num. 10. an mutus. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 37. num. 2. Vultei. lib. 1. de feud. c. 9. num. 64. vers. quod autem*; cum non sit ratio, cur muto magis, quam cœteris è feudo, in quo succedere nequeunt, alimenta debeantur: imo non tantum cœci, claudi, aut aliter imperfecti, sed & fœminæ, similesq; personæ, quæ debita nequeunt exhibere servitia, mutis æquiparentur *in d. c. 1. an mutus.* caussaque subesse videatur in omnibus eadem, nempe, quod ad eos feudum pertineret, nisi consuetudine vel dispositione legis redderentur inhabiles: insuper etiam jure communi, quod sequimur, ubi jus feudorum deficit, sit ita comparatum, ut quoties absq; culpa sua excluduntur à defuncti hæreditate sive bonis hi, qui præ alijs vel cum alijs fuissent alioqui successuri, debeantur eis egentibus alimenta à succedentibus, *l. si quis à liberis, §. item rescriptum, ff. de agnoscen. lib. §. si quis igitur habens, in auth. quib. mod. nat. effic. sui: auth. licet, ubi Dd. C. de naturalib. lib. c. cum haberet, ibiq; not. per Dd. de eo qui duxit in matrim. quam poll. per adult. Bald. Novell. de dote, p. 6. privil. 16. num. 5. vers. unde stante statuto, Grammat. decis. 101. num. 62.* Quo fit, ut primogenitus, quando vigore consuetudinis aut statuti solus succedit, fratribus alimenta suppeditare teneatur, etiamsi statuto vel consuetudine nihil de alimentis cautum sive dispositum fuerit, *Joan. And. in c. sine culpa, de regul. jur. in 6. Hostiens. in c. licet, ubi Joan. Andr. & Panorm. numer. 10. de voto & voti redemt. Panorm. consil. 12. num. 5. vers. septimum dub. lib. 1. Felin. in c. prudentiam, in princ. num. 7. de offic. deleg. Afflict. post alios in c. imperialem, §. præterea ducatus, num. 17. & 20. ubi Camerar. pag. 859. vers. & nos videmus, de prohib. feudi alie. per Frid. Idem Afflict. in c. 1. n. 40. de natura success. feudi. Petrus Anchor. consil. 338. pro maiori. Oldrad. consil. 94. eleganter. Natta consil. 501. num. 57. consil. 644. num. 7. Decian. consil. 9. num. 47. vol. 1. Hartm. Pist. lib. 2. q. 37. num. 3. plures congessit Tiraq. de jure primogen. q. 4. n. 33.* Imo consuetudinem vel statutum alimenta fratribus à successione exclusis denegans non valere, tanquam contra rationem & æquitatem naturalem, tradiderunt præ cœteris *Panorm. & Afflict. loc. rel. Gaill. lib. 2. obser. 122. num. 13.* Hinc fœminis jure feudorum à successione exclusis, alimenta è feudis deberi, merito censuerunt *Curt. Iun. consil. 21. Marzar. consil. 22. in fin. Scharff. cons. 24. num. 2. cent. 1. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 38. num. 24. Borcholt. de feud. c. 7. num. 74.*

Ad-

47 Adduntur † tamen in textu *d. c. 1. §. ult. episcop. vel abb.* duæ notabiles restrictiones: quarum priore cavetur, alimenta demum præberi oportere, si feudum fuerit magnum, hoc est, tam fructuosum, ut ex eius proventu servitia domino præstari, tamq; nouus vasallus cum suis, quam egenus, qui succedere nequit, ali possit: nam si feudum tam sit exigui valoris, ut si excluso a successione feudi alimenta forent inde relinquenda, is ad quem feudum devolvitur, inde domino servitia præstare, aut alimenta sibi necessaria habere non posset, potior erit habenda ratio servitiorũ domino debitorum, & alimentorum novo vasallo necessariorum, *Hotom. ad d. §. ult. Hartm. Pist. lib. 2. q. 32. nu. 12. Vultei. de feud. lib. 1. c. 9. n. 64. vers. tertium vero.* Cum enim is, qui servire nequit, à feudo, quod ad ipsum alioqui perventurum erat, excludatur, ne dominus servitijs carere cogatur; quanto magis eandem ob caussam alimenta duntaxat ex æquitate debita ei denegare licebit. Rursus est etiam juris non incerti, alimentorum, quæ per legem debentur, ut in proposito, obligationi locum non esse, quoties is, a quo debentur, non esset habiturus unde viveret, cum ordinata charitas à seipso incipiat, nec teneatur quis arctare victum suum propter alium, prout liquet ex *l. si quis à liberis, §. alimenta, & §. de alimentis, ff. de agnosc. vel alen. lib. l. 1. §. praterea si matrem, ubi Bald. ff. de tut. & rationib. distr. Panorm. in c. cum haberet, n. 14. vers. tertio casus, de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult. Anton. Gabr. lib. 6. commun. conclus. 1. de alimen. concl. 1. nu. 43.* communem *perhibens, Crauet. consil. 917. num. 15. Petrus de Benintend. decis. 89. num. 3. 4. 5. plures allegans.*

Posteriore autem limitatione denegantur incapaci alimenta, cum habet, unde se exhibeat, hoc est, sustentet. *d. c. 1. § ult. ubi Dd. & in c. 1. an mutus, Camer. in repet. d. c. imperialem, in princ. p. 130. vers. tertio quia. Schurff. consil. 24. num. 1. 2. & consil. 91. nu. 5. cent. 1. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 32. num. 11. 12. Ioan. Thomæ de Marin. de gen. & qual. feud. tit. 2. de feudo ex pact. & provid. antiq. num. 138. Borcholt de feud. c. 7. numer. 74. Vultei. de feud. lib. 1. c. 9. num. 64. vers. tertium vero:* nec immerito. cùm sit regulare, alimenta ex æquitate cuipiam debita præstari non oportere, si aliunde habeat, unde ali possit, *l. si quis à liberis, §. sed & si filius. §. alimenta, & §. ult. ff. de agnosc. & alen. lib. l. tutor, §. in solvendis, ff. de admin. tut. l. 1. § sed et si, & § præterea, ff. de tutel. & rat. distr. l. quæ legatorum, ff. ut in poss. legat. l. extraneo, ff. de ventre in poss. mitten. cum concor. Gaill. lib. 2. observ. 95. n. 9. traduntq; Dd. longa serie relati per Anto. Gabr. d. conclus. 1. n. 27. Crauet. cons. 199. n. 1. & Tiraq. de jure primogen. q. 4. n. 35.*

48 Cum † igitur necessitas præstandi inhabilibus alimenta, quæ cum eorum vita demum finiri solent, *l. cum hi, §. modus, vers. constat, ff. de transact.* sit onus feudi, & successorem feudi sequatur, licet feudo re ipsa, ut hypotheca, non inhæreat, ambigendum non est, si defunctus feudi possessor, cùm eo, cui præstanda sunt e feudo alimenta, legitime transegerit, proq; alimentis certam ei summam aliunde mutuo sumtam præstiterit, feudi successorem hoc debitum agnoscere oportere, *l. 2. l. si communes, l. quæ utilit. 7. ff. de negot. gest. cum simil.* Quia verò onus præstandi e feudo alimenta, pro tempore, quo defunctus possedit, eidem incubuit, *d. c. 1. §. ult. episcop. vel abb.* ac proinde quatenus contracto debito semetipsum liberauit, ne de fructibus quotannis lucro suo cedentibus alimenta suppeditare teneretur, pro sese erogauit, sibiq; non successori profuit, ac suum, non successoris negotium gessit, merito videtur inde sequi, successorem feudi non integrum solvere teneri debitum, sed ab hæredibus defuncti, pro rata temporis, quo defunctus possedit, quove per summam creditori debitam relevatus fuit ab onere præstandi alimenta de fructibus e feudo perceptis, ad solutionem esse contribuendum.

erg.

arg. l. si communes, ff. de negot. gest. juncta l. cum pecuniam, & l. quæ utiliter, in princ. ff. d. t. nec non l. heredes, §. si unus, ff. famil. hercisc. alioqui cum summa pro alimentis soluta successerit in locũ alimentorum, eisq; surrogata fuerit, si totam successor solus solvere cogeretur, defunctus ab onere alendi, quod ipsi, quam diu feudum possedit, omnimodo incubuit, plane fuisset immunis, quod esset absurdum & iniquum. Suffragatur in primis tex. *l. domos, ff. de legat. 1.* ubi hæredi domini erogantis non id totum, quod defunctus extruendo domum utiliter in rem post obitum suum ad alium transituram impendit, imo nec pretium ædificij, quanti fuit, cum noviter extructum esset, restituitur, sed eo deducto, quanto minoris esse cœpit ædificium ob tractum temporis, quo erogans adhuc rei dominus permansit, eiusq; reditus percepit, attenditur saltem & præstatur, quanti valet id hodie, cum res ad alium transit. Vnde generaliter ibi, proq; regula tradunt interpretes, in his quæ utiliter in rem ad alium transituram defunctus impendit, licere deducere, quanto minus ob temporis, quo erogans rei dominium retinuit, diuturnitatẽ impendia deinceps duratura, & successori profutura sunt: *Ita post Jacob. de Are. censuit Bart. in d. l. domos, ubi Angel. Bald. n. 1. & 2. Joan. de Jmol. num. 1. Castr. n. 5. 6. Alex. n. 4. Ias. num. 4. Boer. decis. 44. num. 13. Anton. Neguzant. de pignor. p. 5. memb. 4. num. 16. dicens, hoc mente tenendum, Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 1. gloss. 5. num. 97. 98. Vincent. de Franch. decis. 109. num. 2. & 3. p. 1. dicens, hanc opinionem esse æquissimam.* Proinde cum hic etiam, quanto diutius prior vasallus, postquam super alimentis transegit, superstes fuit, tanto minus pro futura sit successori summa pro alimentis præstita, quandoquidem onus alendi obitu eius, cui debentur alimenta, finiri solet, jure merito relevari debebit successor, ne ad solutionem integræ summæ, sed pro rata modo temporis, quo ipsi est profutura, teneatur, *d. l. domos.* Requiritur insuper, ut defunctus transigendo super alimentis utiliter successoris negotium gesserit: nam si transegisset improvide, nimisq; magnam summam, & longe majorem, quam quanti vir bonus ac discretus debitũ alimentorum esset æstimaturus, præstiterit, successor non tenebitur, nisi quatenus & quantum judex caussa cognata foret arbitraturus, pro debito alimentorum fuisse præstandum, siquidem eatenus modo negotium ipsius censeri potest utiliter esse gestũ, *l. sed an ultro, cum l. seq. ff. de negot. gest. juncta l. cum hi, §. modus, ff. de transact.* & interfuit successoris, tantam pro alimentis non præstari pecuniæ summam, *l. cum pecuniam, ff. de negot. gest.*

Cœterum † ab alimentis e feudo 49
præstandis non multum discrepare videtur vita & militia, per constitutionem Neapolitanam introducta, cuius crebra mentio fit apud *Andr. de Isern. Matth. de Afflict. Camerar. & Vincent. de Franch*, estq; nihil aliud, quam annua quæpiam pensio, quam primogenitus, quando solus in feudo succedit, fratribus è feudo præstare tenetur, *Camerar. in repet. d. c. imperialem, §. præterea ducatus, pag. 830. vers. quapropter & hoc Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 18. num. 10.* Differt tamen ab alimentis, quia fratres illam, etiamsi diuites sint, consequuntur, *Afflict. in d. §. præterea ducatus, nu. 20. & decis. 138. num. 6.* hæc miserationis caussa suppeditantur non habenti, unde vivat. Rursus illa constitui solet pro modo sive quantitate legitimæ, ut si fratrum non sint ultra quatuor, quisq; tertiam, si in plures, quivis dimidiam portionem eius partis, quam fuisset habiturus, si omnes in feudo successissent, in æstimatione cõsequatur, *Afflict. in d. §. præterea ducatus, num. 19. & 20.* hæc vero saltem secundum indigentiam personæ præbentur, *t. 1. §. mutus, Episcop. vel Abb.* Hinc fit, ut illa censeatur esse quodammodo portio feudi, *And. de Isern. in con-*

in constit. comitib. Afflict. d. decis. 138. num. 2. Molin. adconsuet. Paris. t. 1. §. 15. nu. 10. adeoq; feudi nomen habere mereatur, *Camerar. loc. rel.* ac propter eam servire fratres domino teneantur, *Isern. in d. Const. comitib. Afflict. in d. §. præterea ducatus, nu. 17. & decis. 252. Camer. & Molin. loc. rel.* hæc autem loco feudi minime sint, nec pro eis teneatur servire alimentarius, *arg. l. si quis ingravescente, §. subvenitur, & §. seq. ff. de SC. Sillanian. Iacob. Ardiz. in summa de success. feudi, §. mutus, Afflict. in c. 1. n. 10. an mutus Tiraq. de jure primog. cap. 23. num. 23. Schrad. de feud. p. 6. c. 6. num. 67.*

50 Quibus † igitur in locis huiusmodi statutum vel consuetudo de vita & militia fratribus é feudo præstanda viget, procul dubio successor primogeniti tenebitur solvere pecuniam, quam primogenitus mutuo sumsit, ut feudũ illhoc onere præstandi fratribus vitam & militiam liberatet, *l. 2. ff. de negot. gest. cum simil. lib. Afflict. in c. 1. n. 11. an agnat. Camerar. in rep. d. c. imperialem, in princ. pag. 52. & seqq.* id quod intelligendum fuerit cum eo moderamine, prout modo de summa pecuniæ pro debito alimentorum soluta dictum fuit. Quales autem illæ fuerint militiæ, quarum frequenter ICti & Impp. in Pandectis & Codice meminerunt, investigandum ex his, quæ scripta reliquerunt *Latinus Tauvellus in libello de militijs ex casu, Anton. August. in epistola d. libello præposita, Francisc. Connan. lib. 4. comment. juris civil. c. 15. Cuiac. in l. 3. §. si quid minori, ff. de minorib. Petr. Greg. in syntagm. juris, lib. 19. c. 1. nu. 8. & seqq. Borch. de feudis, c. 2. num. 5. usq; ad 10.*

51 Dotem porro fœminis á successione feudi exclusis é feudo præstandam esse, censuerunt *Andr. de Isern. in c. 1. §. donare, ubi Bald. num. 1. Martin. Laud. numer. 9. Afflict. numer. 8. qual. olim feud. alien. po. Isern. in c. 1. §. quid ergo. ubi Afflict. numer. 5. de inuest. de re alien. fac. Afflict. in c. 1. num. 11. an agnat. Camerar. in repetit. d. c. imperialem, in princip. versic. vos autem considerate, pag. 58. & 59. Panormitan. consil. 12. numer. 5. versic. septimum dub. lib. 1. Curt. Jun. consil. 21. Sickurff. consil. 24. num. 1. & 2. cent. 1. Gaill. lib. 1. observ. 117. nu. 4. Hartman. Pistor. lib. 2. quæst. 37. num. 4. qui testatur, id in Germania longissimo usu comprobatum esse, Ioan. Thom. de Marin. de gener. & qual. feud. t. 2. de feud. ex pac. & prouid. antiq. num. 64. Borch. de feud. c. 1. numer. 74. Vultei. lib. 1. de feud. c. 9. num. 57. nouissime Teuberus quæst. 58. nu. 1. & Joan. Koppen decis. 39. numer. 38. de universali consuetudine Germaniæ testimonium perhibentes.* Ac licet eruditissimus *Hartman. Pistor. d. q 37. num. 5.* innuat, onus dotandi ex feudo non incumbere successori de jure communi feudorum, cum de hoc nihil eo jure dispositum reperiatur: id ipsum tamen bona consequentia deduci & inferri posse arbitror ex *c. 1. §. mutus, episcop. vel abb.* quem textum non minus in fœmina, quam cœteris, qui servitia præstare nequeunt, procedere, paulo ante fuit ostensum. In eo necessitas alendi exclusos a feudi successione, nec habentes unde vivant, injungitur successori feudi: Atqui dos æquiparatur alimentis, *Afflict. decis. 111. n. 10.* & est instar alimentorum, *l. si cum dotem, §. sin autem in furiosissimo, ff. solut. matrim. Alex. consil. 208. lib. 2. consil. 48. lib. 3. Hartm. Pist. d. q. 37. num. 4.* quippe quorum loco succedit, *Alex. consil. 7. num. 2. lib. 2. Rolan. à Valle consil. 19. vol. 1. Gaill. lib. 2. observ. 88. n. 6.* nec minus est fauorabilis caussa dotis, quam alimentorum caussa, *ut post Cyn. in l. non omni, C. de admin. tut. tradunt Fulgos. consil. 228. Panorm. consil. 115. ante n. lib. 2.* Itaq; feudi successor etiam dotare tenebitur. Rursus pro regula traditum reperitur, ei qui tenetur alimenta mulieri suppeditare, dotandi onus incumbere, *l. cognouimus, C. de hæreti. Bart. in l. Mænius, §. duorum, n. 18. ubi Ioan. de Imol. n. 9. ff. de legat. 2. Panorm. d. consil. 115. ante n. lib. 2. Campeg. de dote, p. 1. q. 23. Bald. Nouell. de dote, p. 6. priu. 16. n. 5. Crauet. consil. 683. n. 9. vers. ea ratione, lib. 4. Natt. consil. 410. num. 16. Gaill. lib. 2. d. observ. 88. num. 7.* saltem quatenus alimentorum necessitas exigit,

Bald.

Bald. cons. 457. num. 1. in fi. vol. 5. Panor. loc. rel. Boer. decis. 127. num. 2. 7. Bald. Nouell. d. p. 6. priuil. 16. nu. 5. Gaill. lib. 2. obseru. 88. num 8. Petrus de Benintend. decis. 22. num. 6. Menoch. consil. 60. n. 10. vol. 1. & plurimi relati per Anto. Gab. lib. 6. t. de alimen. concl. 1. n. 15. Proinde cum feudi successor fœminā à successione feudi exclusam alere teneatur, eam quoq; dotare tenebitur, saltem pro modo alimentorum, qualitati sive conditioni personæ congruentium. Svadet idipsum ratio, propter quam dos constitui solet, nempe, ut mulier inde sustentetur & alatur, *l. pro onerib. C. de jure dot. l. dotis fructum, in princ. ff. de jure dot. l. si cum dotem, § sin autem in sæuissimo, ubi præ cæteris Castr. num. 3. ff. solut. matrim. Crauet. d. consil. 683. num. 9.* Cum enim futurum sit, ut præstita dote successor sit immunis ab onere alendi, ac proinde præstatione dotis necessitati alimentorum correspondentis sive congruentis in effectu nihil aut certe parum ei decedat, mulieris autem plurimum intersit, è feudo consequi dotem, sine qua nubere vix potest, *l. cum plures, §. cum tutor, ff. de administ. tut.* concurrat etiam utilitas publica, *l. 2. ff. de jure dot. l. 1. ff. soluto matr.* quæ est utilitati privatæ omnimodo præferenda, *l. unic. §. ult. C. de caduc. toll. l. si quis ingrauescente, §. utrum, ff. de SC. Sillan. l. utilitas, C. de primipilo, lib. 12.* cujusve gratia multa jure civili contra rationem disputandi sive rigorē admittuntur, *l. ita vulneratus, 51. vers. multa autem, ff. ad leg. Aquil. c. abbate, prope fin. vers. præsertim, de re judic.* insuper dotatione præcaveatur, ne sequantur fornicationes & illiciti complexus periculum animarum inducentes, quibus alioqui facilime implicaretur mulier, quæ dotis ob defectum innupta remaneret, *Bald. Nouell. de dote, p. 6. priuil. 16. num. 5. Vincent. de Franch. p. 2. decis. 253 num. 24.* non absq; ratione statuitur, eum teneri mulieri nupturæ loco alimentorum dotem è feudo præstare, præsertim cum favore dotis, & mulieris nupturæ teneatur quis facere, quod sibi non obest, & alteri prodest, etiamsi tractetur de mero lucro, nedum ubi agitur de damno, adeoq; animæ periculo vitando, *l. 2. ubi Bart. & Da. ordinarie, ff. solut. matrim. Bald. Novell. de dote, p. 8. privil 27. numer. 1. Cravet. consil. 226. num. 3. lib. 2. Menoch. consil. 14. n. 8. lib. 1.* Suffragatur etiam, quod in simili decisum reperitur de filia spuria, quam leges à successione patris excludunt, imò eidē alimenta quoq; denegant, *auth. ex complexu, C. de incest. nupt.* nihilominus quia tenetur ei pater alimenta suppeditare ex æquitate Canonica, *c. cum haberet, de eo qui duxit in matrim. quam poll. per adult.* inferunt inde communiter Dd. eam à patre dotandam esse, pro qua sententia plurimos longa serie congerit, magisque communem perhibet eandem *Anton. Gabr. lib. 6. comm. conclus. t. de alim. concl. 1. n. 14.* Accedit, quod etjam jure communi, cui standum, ubi jus feudorum deficit, videtur ita comparatum, ut quoties fœmina non habens unde vivat, statuto vel consuetudine excluditur à bonis, in quibus alioqui successura fuisset, præstanda sit ei a successore dos alimentis necessariis congrua, *Bald. Nouell. de dote, p. 6. priuil. 16. vers. unde stante, & vers. quid autem Thom. Grammat. decis. 101. num. 62. sensit etiam Vincent. de Franch. p. 1. decis. 73. num. 20.* Deniq; licet è textu *d. c. 1. §. mutus, episcop. vel abbat.* tale quid firmiter inferri non posset, tamen cum idipsum æquitatis ratio manifesta suggerat, sitque cum primis æquitas ibi attendenda & præferenda, ubi jure destituimur, *l. 2. §. item Varus, ff. de aquil. plu. arc. Hartm. Pist. lib 2. q. 32. num. 29.* utiq; vel hac de caussa statuendum foret, onus modice dotandi fœminam egentem à successione feudi exclusam incumbere successori feudi, præsertim cum dos exigua vix dotis nomen mereatur, *glos. in c. quicunq, l. 2. verb. aliquid, 16. q. 7. Ias. ad rub. ff. solut. matrim. nu. 25. cum seq. Gaill. lib. 2.*

obser.

obſern. 88. num. 10. & 11. Nec obſtat text. *l. cum plures, §. cum tutor, ff de admin. tut.* ubi tutor non tenetur dotem dare ſorori pupilli alio patre natæ, etiamſi aliter ea nubere non potuit: cum tamen conſtet, fratrem facultatibus abundantem alere debere ſororem uterinam inopem, *l. tutor, §. in ſolvendu, ff. de adminiſt. tut. l. qui filium, verſic. quæſitum, ff. ubi pupill. educari, l. 1. § ſed non ullos, ff. de tut. & ration. diſtr.* quas leges etiam ad uterinam ſororem accommodant *Bald. in d. l. qui filium, num. 3. Alex. in l. 1. num. 13. ff. ſolut. matrim. & in l. à filia, in princ. nu. 6. ff. ad Trebell. Iaſ. in auth. res quæ, num. 10. 11. C. commun. de legat. Ioan. Campeg. de dote, p. 1. q. 23. Hartm. Piſtor. lib. 2. 1. de alimen. obſern. 2.* Quod enim ICtus Paulus in *d. §. cum tutor,* non loquatur de dote modica alimentorum loco ſurrogata, clare liquet cum ex eo, quod ibidem aſſerit, tutori licere ſolennia munera mittere parentibus cognatiſq; pupilli: hoc enim ſi tutori licet, quantumvis patrimonium pupillare nonnihil minuat, nec tamen pupillum ab onere quopiam relevet, certe non minus eidem licitum ſit oportet, vterinæ ſorori pupilli præſtare modicam dotem, qua liberetur is ab onere alendi: tum vero maxime, quia dotem, de qua loquitur, ait ex liberalitate proficiſci, cum è diverſo dos uterinæ ſorori præſtanda, quę propter exiguitatem vix dotis nomen meretur, ut ante dictum, non ex liberalitate detur, ſed ex neceſſitate, in qua nemo eſt liberalis, *l. rem legatam, ff. de adim. legat. & argumen. l. donari, ff. de donat. Decian. conſil. 74. numer. 14. volum. 3.* ſiquidem præſtatur ad amovendum onus alendi, & alimentorum, quæ ſorori uterinæ debentur officio judicis, *gl. in d. l. 1. ſed nonnullos, verbo, præſtiterit, ff. de tutel. & ration. diſtr. l. ſi quis à liberis, in princip. ubi gloſſ. Bartol. & Dd. ff. de agnoſc. & alen. lib.* loco ſurrogatur, eoq; naturam eorundem induit, *l. ſi eum, §. qui injuriarum, ff. ſi quis cantion. l. ſi donata, §. ſponſus, ff. de donation. inter vir. &* *vxor.* Proinde cum frater uterinam ſororem alere teneatur, tum ei nupturæ modicam dotem alimentis congruam a fratre præſtandam eſſe, præ cæteris aperte tenuit *Campeg. de dote, pag. 1. quæſt. 23. idemq; ſenſiſſe videtur etiam Bald. Nouell. de dote, p. 6. privil. 16. numer. 5. Eiuſdem ſententiæ fuiſſe Bertolum, aſſerit Angel. in l. à filia, in prin ip. ff. ad Trebell. licet ipſe contrarium teneat.* Reſtat igitur, ut eo de caſu ICtus illic agat, quo pupillo non incubuit onus alendi, quod pluribus evenire modis poteſt, puta, ſi poſsit ipſa victum ſibi parare, vel ipſius parentes aut fratres vtrinq; conjuncti tantum in bonis habeant, ut eam alere queant: tunc enim etiamſi quis eam ſine dote vel cum dote modica ab his quibus onus alendi incumbit, præſtanda non facile ſit vxorem ducturus, tamen cum pupillus eam alere minime teneatur, & conſequenter ICti ratio fortiter hic vrgeat, dos e pupilli bonis ei præſtari minime debebit, per *d. §. cum tutor.* Minus obſtat, quod in *c. 1. §. donare, qual. olim feud.* dicitur, feudum in dotem pro filia dari non poſſe: Sunt enim longe diverſa, feudum in dotem dari non poſſe, & è feudo dotem non eſſe præſtandam, nec hoc ex illo ſequitur, & ratio, cur illud non admittatur, nempe, quia ſpecies eſt alienationis in feudis abſque domini & agnatorum conſenſu minime permiſſæ, ceſſat in altero, ſiquidem exiguæ dotis e feudo præſtatio non includit nec importat alienationem feudi, eoque nihil impedit, quo minus alimentorum loco dos è feudo perſolvatur, *Hartman. Piſtor. d. q. 37. numer. 4.* Quæ cum ita ſint, conſequitur, onus dotandi ex feudo rum demum à jure feudorum communi non dependere, cum ex conſuetudine vel ſtatuto ſucceſſoribus feudi neceſsitas imponitur dotandi fœminas à ſucceſsione feudi exclusas, etiamſi non deſint his bona, quibus dotare ſemetipſas poſſent, vel quando vigore conſuetudinis

aut statuti non exiguam dotem pro modo alimentorum, sed ampliorem sive majorem eis e feudo præstare tenentur. Ex † dictis id cum primis apparet, æs alienum dotis e feudo debitæ caussa contractum, à successoribus feudi, quorum negotium utiliter gestum est, agnoscendum esse, sic tamen, ut antecessoris hæredes pro rata temporis, quo post præstitam dotem feudum tenuit, contribuant, per ea quæ in simili de debito propter alimenta e feudis præstanda contracto paulo ante fuerunt comprobata.

52

53 Donationem † propter nuptias quod attinet, concludunt interpretes, maritum vxori feudum etiam sine domini & agnatorum consensu propter nuptias donare posse, dummodo donet inæstimatum, & absque pacto lucrandi, *gloss. in c. nuper, ubi Panormitan. numer. 4. & reliqui Dd. de donatio. inter vir. & vxor. Bald. in c. 1. §. donare numer 6, ubi Præpos. numer. 3. Alvarot. num. 11. Martin. Laud. numer. 11. qual. olim feud. alien. pot. Lud. Roman. consil. 457. numer. 4. Jacob. de S. Georg. de feud. verb. ita quod ipsi investiti habeant, numer. 19. Curt. de feud. p. 4. numer. 94. Cass.n. ad consuetud. Burgun. rub. 3. §. 8. verb. en alienation. numer. 30. Lupus ad rubr. de donatio. inter vir. & vxor. §. 12. num. 3. Schurff. consil. 51. numer. 2. centur. 3.* communem *perhibens sententiam, Roland. a Valle cons. 19. nu. 3. lib. 4. Bursat. consil. 120. num. 25. cum seqq. lib. 1. Schrad. de feud. p. 8. c. 1. num. 39. similiter* communem *dicens.* Nituntur textu *d. c. nuper*, quo cum statuatur, post obitum viri vxorem tenere non posse feudi partem in donationem propter nuptias ex concessione defuncti, nisi donationi dominus consentire voluerit, quia vir plus juris in eum transferre nequiverit, quam ipse habuerit, colligitur inde, valere donationem vivente viro, quantumvis dominus non consenserit, arguendo a contrario sensu, *l. 1. & ibi notat. per Dd. ff. de offic. eius cui man. est jurisdict.* Deinde licet maritus feudum inæstimatum citra pactum lucrandi donando propter nuptias vxori quoddam illius feudi dominium legum subtilitate tribuere videatur, tamen præterquam quod prohibitus alienari regulariter non intelligitur prohibitus donare propter nuptias, *argum. l. mulier, §. cum proponeretur, ff. ad Trebellian.* constat non modo maritum naturaliter sive attenta rei veritate vtile feudi dominium retinere, *l. in reb. C. de jure dot. VVesenbec. post alios, in parat. ff. de jure dotal. numer. 11.* verum etiam penes ipsum remanere feudum, eique fructus universos cedere, *l. ubi, cum authen. sequent. C. de jure dot.* adeoque jus omne in feudo mulieri tributum obitu mariti protinus extinctum iri, *d. c. nuper*, nec domino vel agnatis in eo succesuris inde præjudicium generari, eoque illicita censeri nequit hujusmodi donatio propter nuptias, *argument. c. 1. versic. & licet, de alien. feud. pater.* Suffragatur † etiam *c. 1. de invest. quam Titul. accepit à Sempron. & c. 1. de eo qui sibi vel hæredib.* ubi mulieri permittitur feudum suum in dotem dare: hinc enim sequitur, etiam viro licere feudum, donare propter nuptias, cum dos & donatio propter nuptias invicem æquiparentur, parique passu procedant, & ab vna ad alteram arguere liceat, *l. ult. C. de donatio. ante nupt. auth. æqualitas, C. de pact. convent. & utrobiq. Dd.* 54

Excipit † quidem *Camerar. in repetit. c. imperialem, in princip. pag. 666.* hodie per constitutionem Lotharij & Friderici fœminis etiam esse prohibitum, ne feuda in dotem dent. Sed prohibitionem constitutionum imperialium huc trahendam non esse, vel hinc apparet, quia textuum allegatorum autor Obertus imperante Friderico vixit, & vtriusque constitutionis expresse meminit in *cap. 1. §. sed etiam, per quos fiat investit.* eoque nihil minus verisimile, quam bis eum fuisse adscripturum mulieri facultatem dandi feudum in dotem, si fuis- 55

si fuisset ea per legem ab utroq; Imperatore sub initium imperij sui promulgatam ademta: cumq; textus ij tihi utraq; lege posteriores, dici vix potest, eos esse constitutionibus illis correctos, *§. penult. instit. de jure nat. gent. & ciuil.* Ac licet Imp. Fridericus verbis uniuersalibus utatur, ibi, *vel quocunq. modo distrahere seu alienare:* tamen illa prohibitione non contineri alienationem, qua domino nihil infertur præjudicij, præsertim si vasallus idem remaneat, & utile feudi dominium retineat, apparet, non tantum ex eo, quod in proœmio dictæ constitutionis clare denotatur, imperialem prohibitionem emanasse favore dominorum, ne his oppignoratione vel alienatione qualiscunq; sit, quicquam inferatur præjudicij, verum etiam quod in *§. callidis*, non obscure videtur innuere Imperator, & aperte asserit Obertus, in *c. 1. §. si autem, versic. quod & ipsum, qual. olim feud. alien. pot.* feudum totum vel eius partem adhuc à vasallo posse alteri dari in feudum, dummodo sincere sineque fraude fiat: Ita etiamnum hodie refutationem vel quasi refutationem, quæ nihil domino præjudicat, esse licitam; liquet ex *c. 1. versic. & licet, & ibid. not. per. Dd. de alien. feud. pat. c. 1. de vasal. qui contra constitut. Loth. cum similib.* Cum igitur datio feudi in dotem, quæ duobus in locis asseritur, nec quicquam domino præjudicat; mulieri utile feudi dominium retinenti non amplius permissa censeretur. Minus officit, quod ait, jura illa non aperire, an feudum fuerit in dotem datum cum domini consensu, nec ne, sed alias quæstiones à proposito plane diversas determinare: proinde in dubio præsupponendum esse, dationem feudi in dotem rectè, hoc est, cum domini consensu factam esse: Non enim sine divinatione præsupponi potest, intervenisse domini consensum, cum non suppetat in jure feudorum textus, unde liqueat, fœminam feudum sine domini consensu in dotem dare nequiuisse, vel non posse: Nam in *c. 1. §. donare, qual. ol. feud. alien. pot.* id modo perhibetur, feudum in dotem pro filia dare non licere: quod mirum non est, quia dans in dotem pro filia desineret habere feudum, utile illius dominium admitteret, idque in filiam feudi incapacem, generumque transferret, nec agnatis modo, filijsque, verum etiam domino præjudicaret, nouum huic invito vasallum obtrudendo: quæ omnia ratio juris manifesta, feudique natura quam maxime auersatur, *c. 1. §. è contrario, de inuest. de re alien. fac. c. 1. versic. ne forte, de fratrib. de novo benef. inuest. cum similib.* cum è diverso casu nostro mulier feudi, quod prius habebat, utile dominium retineat, redituum uniuersorum inde provenientium particeps fiat; nec alium domino vasallum obtrudat, nec quicquam domino, cui servitium, quod ipsa decenter præstare nequit, per substitutum exhibere potest, aut alijs in feudo successuris præjudicij inferat: Quo fit, ut ex *d. §. donare*, longe minus inferri queat, mulierem sine domini consensu feudum in dotem dare non posse, quam ex constitutionibus Lotharij aut Friderici Imperatorum, quæ id in feudo commercium fieri prohibent, per quod imperij vel dominorum minuitur utilitas, *c. imperialis, de prohib. feud. alien. per Loth.* eoque commercium, per quod nec imperij, nec dominorum minuitur utilitas, prout est, in dotem pro sese dare, propter nuptias donare, alteri in feudum concedere, refutare, neutiquam inhibent, *c. imperialem, §. callidis, de prohib. feud. alien. per Frider. c. 1. §. si autem, versic. quod & ipsum, qual. ol. feud. c. 1. de inuestit. quem Tit. accep. à Sempr. c. 1. de vasal. qui contra constit. Loth. c. 1. versic. & licet, de alien. feud. pat.* Quam- 56
vis † autem vxoris jus omne, quod ex donatione propter nuptias in feudo habuit, moriente marito protinus evanescat, *d. c. nuper, Schurff. consil. 51. centur. 3. Schrad. de feud. pag. 8.*

c. 6. numer. 11. non tamen est inutilis donatio propter nuptias, siquidem vergente marito ad inopiam uxor non modo recuperandæ dotis gratia in feudo propter nuptias donato creditoribus anterioribus præferetur, *secundum Innocent. in c. ex literis, & ibid. Panormit. numer. 9. de pignor. Neguzant. de pignor. p. 2. memb. 4. num. 63.* verum etiam idipsum præ cæteris anteriorem hypothecam non habentibus obtinere poterit onerum matrimonij sustinendorum gratia, ut ex dotis & feudi reditibus sese, maritum & liberos alat, *l. ubi. & ibid. post gloss. Cyn. & Bald. numer. 54. 55. C. de jure dotal. Panormit. in c. ultim. numer. 12. de donation. inter vir. & uxor. Bald. Novell. de dote, pag. 7. privil. 47. Neguzant. d. p. 2. memb. 4. numer. 64. Schneid. in §. est & aliud, n. numer. 5. instit. de donatio. Gaill. lib. 2. observat. 92. numer. 10. & 13.* Imo videtur etiam hæc donatio prodesse uxori ad lucrandos feudi reditus viuente viro, qui committit adulterium, *argum. c. plerumq; de donat. inter vir. & uxor. juncto c. 2. de fidejussor. l. commodis, ff. de rei judic. Panorm. in d. c. ult. num. 12. Schneid. in d. §. est & ali-*
57 *ud, num. 5.* Quoniam † verò prius allatæ rationes duntaxat in eo procedunt, qui pro sese, non autem in illo, qui pro alio feudum suum donat propter nuptias, consequitur inde, pro altero feudum propter nuptias donari non posse, traduntq; præ cæteris *Alvarot. in d. c. 1. §. donare, num. 11. & ibid. Martin. Land. numer. 12. qual. olim feud. alien. pot. Schrad. de feud. p. 8. sec. numer. 39. Vultei. lib. 1. de feud. c. 10. numer. 46.* Sed hoc restringitur à Cujacio *lib. 2. de feudis, t. 13.* nisi quis feudum propter nuptias donet pro immediate successuro, puta, filio: tunc enim donationem contendit esse valituram, cum videatur esse quasi refutatio, *per text. c. 1. vers. & licet, de alien. feudi pat.* quod tamen in dubium revocatur à Camerario contrarium sentiente *in reper. d. c. imperialem, in princ. pag. 231. cum multis seqq.* cuius articuli resolutionem hic omittimus, cum nō sit præsentis instituti, & ampliorem tractationem desideret.

Sicut † autem dotem, quam vasal 58
lo uxor attulit, feudi successor ei reddere minime tenetur, etiamsi mulier nequeat illam aliunde recuperare, *c. 1. an agnat.* nisi pecunia dotali feudum ab onere quopiam ad successorem transituro liberatum, aut aliter conditio feudi melior facta fuerit, secundum ea, quæ antea comprobauimus: non enim uxori pro dote competit hypotheca in bonis mariti feudalibus, secundum communem magisq; receptam sententiam, de qua testantur *Neguzant. de pign. p. 2. mem. 1. num. 43. plurimos allegans, Mynsing. centur. 6. observ. 45. num. 4. Vulteius lib. 1. de feud. c. 10. num. 46. vers. huic quodammodo,* præsertim post obitum viri, *Gaill. lib. 2. observ. 83. numer. 4. similiter* communem *dicens*: ita dubium non est, feudi successorem ne quidem in defectu bonorum vasalli defuncti allodialium teneri solvere pecuniam ex caussa donationis propter nuptias, quoties ea mulieris lucro cedit, debitam; etiamsi defunctus eam e feudo præstari voluisset, *Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 4. numer. 7.* cum sit onus hæreditarium, cui feudi successor non est obnoxius, *c. 1. an agnat.* nec teneantur feudi successores ex facto defuncti, *l. 3. C. ne uxor pro marit.* cuius ordinatio in feudo valere nullo modo potest, *c. 1. de success. feudi,* quive conditionem ipsorum deteriorem facere minime potuit, *c. 1. §. è contrario, de investit. de re alien. fac. c. 1. §. hoc quoq; de success. feud. c. nuper, de donatio. inter vir. & uxor.* insuper etiam hoc debitum sit lucratiuum, proinde tanto minus oporteat successorem feudi de damno vitando certantem id agnoscere, cum ne quidem debita defuncti ex caussis onerosis contracta solvere compellatur, *cap. 1. an agnat.*

Verùm † ut ut hæc attento jure com- 59
muni feudorum ita sese habeant, tamen in Germania plærisq; locis, ijsq; potissimum, ubi viget jus Saxonicum, hac in parte juri communi deroga-

derogatum est per consuetudinem, qua non modo maritus in præiudicium eorum, ad quos ipso mortuo feudum devolvetur, pro dote in utilitatem feudi conversa ita dotalitium in feudo constituere potest, ut dote ac donatione propter nuptias dotem non excedente in unam summam cõputatis in singulos centenos annua decem è feudo vidua consequatur, quandiu vivet, aut à feudi successore dos ei reddatur, vtraq; dotem ratione donationis propter nuptias tantundem præstetur, verum etiam si maritus dotalitio nondum constituto decesserit, feudi successor id viduæ in feudo constituere, vel ei dotem illatam reddere, ac tantundem nomine donationis propter nuptias superaddere tenetur: de qua consuetudine testantur præ cœteris *Hier. Schurf. cons. 51. cen. 3. Rotschitz in processu, t. vom Leibgeding. Schneid. ad tit. inst. de hered. qua ab intest. defer. sub rub. de success. juris sax. inter marit. & uxor. Hart. Pist. lib. 1. q. 4. Fachs. in cons. dictæ quæstioni subiecto: VVesenb. consil. 77. num. 4. Coler. de process. exec. p. 1. c. 10. numer. 79. Joan. Koppen decis. 39. num. 42. Dan. Moll. ad const. Sax. p. 2. constit. 42. nu. 2. & 12.*

60 Cum † ergo vigore talis consuetudinis dotalitium onus feudi sit, patet ex prædictis, ad soluendum debitum feudi à dotalitio liberandi gratia contractum hæredes debitoris non nisi pro rata temporis, quo feudum à dotalitio liberatum defunctus possedit, contribuere teneri, residuum à feudi successore solvendum esse, *l. 2. l. si communes, l. cum pecuniam, ff. de negot. gest.*

61 Potest † etiam inter onera feudi referri caussa damni infecti, *Ripa in l. obligatione, num. 38. §. de pignor. Mozius de contractib. t. de pignor: sub rub. de reb. quæ pignor. dari poss. nu. 25.* quippe quæ dependet ex vitio rei, *l. si finita, §. notandum, & §. si quid vitio, l. eor. §. sive, l. fluminum, §. vitium, ff. de dam. infec.* Itaq; si vicinus ex caussa damni infecti mittatur in feudi possessionem ob cautionem à Vasallo non præstitam, etiamsi Vasallo postea moriente feudum ad alium devoluatur, non tamen immissus decedere tenebitur, nisi successor ei damnum datum, simul etiam impensas, si quas fecit, resarciat, insuper de futuro damno, si quod etiamnum timetur, caveat, *l. si finita, §. item videamus, & §. si jam ruerint, l. cum postulassem, §. damni, ubiq; Dd. ff. de dam. infec.* Sed ut creditor ex alia caussa immissus, feudum dimittere tenetur, quam primum plenam è fructibus feudi satisfactionem consecutus est. *l. 1. & 2. C. de pignor. act. l. si dominium, C. de pignorib. l. 1. C. de distract. pignor. cum similib. Dd. in d. l. si finita, §. si de vectigalib. ff. de dam. infect. Afflic. in c. 1. §. quid ergo, num. 4. de invest. de re alie. fac. Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princ, pag. 397, vers. tamen non caussatur, Coler. de process. execut. p. 2. c. 3. nu. 278.* ita dubitandum non est, immissum ex caussa damni infecti, peræque debere feudum dimittere, quando tantum in fructibus feudi percepit emolumenti sive lucri, quantum damni sensit ob vitium rei feudalis, quantumve impendit, *Zas. post alios in d. §. si de vectigalib. num. 12. vers. hic ego dico*, dummodo de damno futuro, si quod adhuc timetur, eidẽ caveatur, *Bart. & Joan. de Jmol. in d. l. cum postulassem, §. damni, ff. de dam. infect.* Quod si defunctus damni infecti cavit, & ob damnum citra ipsius culpam vitio rei feudalis eveniens vicino quid præstitit, hæres ipsius retinere feudum poterit, donec feudi successor ei satisfaciat, vt quod haberet vicinus missus in possessionem, id hæres habeat repræsentans personam defuncti; qui damnum vicino sarcivit, *l. 1. in princ. ff. quib. mod. pign. vel hypo. solu.* siquidem nimis iniquum foret, damnum vitio rei faudalis contingens, soli defuncto nocivum esse, feudumq; sine damno successorem obtinere, *l. si proprietarius, ubi Dd. ff. de dam. infec.* Quin & si non esset in possessione feudi, tamen actione negotiorum gestorum id, quod vi-

 cinò

cino solutum fuit, recuperare posset a feudi successore, quatenus damni resartio successoris emolumento cessit, *l. 3. §. hac actione, l. si communes, l. quæ utiliter, ff. de negot. gest.* Quibus porro consequens est, si vasallus damni infecti cavens prius obierit, quam damni quicquam evenerit, hæredem de damno, si quod in posterum vitio rei feudalis evenerit, obligatum exceptione doli se tueri posse, ne prius dimittere feudum teneatur, quam à successore fuerit ei de indemnitate cautum, *l. pater, in princ. ff. de dote releg. Castrens. in l. si quis missum, §. judex, n. 1. ff. de dam. infec.* vel pro indemnitate consequenda negotiorum gestorum agere posse, *l. 2. l. si quis mandatu, l. liberto, §. inter negotia, ff. de neg. gest.*

62 Præterea † si feudum, antequam primo acquirenti concederetur, alij fuit rite oppignoratum, aut postea consensu domini & agnatorum in eo hypotheca vel pignus fuit constitutum, & creditor feudum pecunia sua liberauit a nexu pignoris, aut vasallus feudum possidens ea de caussa pecuniam aliunde mutuo sumsit, successor feudum alioqui cum onere pignoris habiturus hoc debitum solvere merito tenebitur, *l. cum pecuniam, l. quæ utiliter, in princ. ff. de negot. gest. l. sive pro fratre, C. d. t.* nisi potuerit is, qui feudum nexu pignoris liberauit, solutionem ab eo, pro cuius debito feudum fuerat oppignoratum, aut hæredibus eius consequi, *l. fidejussor, 32. ff. de negot. gest. l. 1. in princ. ff. quibus mod. pig. juncta auth. hoc si debitor, C. de pigner.*

Similiter † ubi feudum ab incumbente servitute aut onere perpetuo præstandi quid è feudo fuit liberatum, æs alienum eam ob caussam contractum successor feudi solvere compelletur, *argum. c. 1. §. si vasallus, hic finit. lex.* Cum enim pretium servitutis feudo acquisitæ reddere teneatur, certe pretium quoq; præstare debebit libertatis feudo partæ, *l. ultim. in fin. ff. de legat. 3. cum simil.* præsertim cum sit fauorabilior, *l. Arrianus, ff. de obligation. & action. l. libertati omnib. ff. de regul. jur.* & æque vel magis feudo prosit, eiusq; conditionem reddat meliorem, quam seruitutis acquisitio, *l. qui nti, 90. l. si cum fundum, 126. l. non tantum, 169. ff. de verbor. significat.* 63

Deniq; † æs alienum contractum propter impensas in feudum factas, quatenus earum deductioni vel repetitioni locus est, à feudi successore solvendum esse, liquet ex *d. c. 1. §. si vasallus, & traditis ibid. per Dd. hic fin. lex. Crauett. consil. 197. num. 1. volum. 1. Schrad. de feud. p. 7. c. 7. n. 42.* Quatenus autem hæredes defuncti vasalli recuperare posint impensas, liquet ex his, quæ vltra Dd. *in d. §. si vasallus,* amplissime tradiderunt *Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 1. gl. 5. Clar. §. feudum, q. 88. Anton. Neguzant. de pign. p. 5. memb. 4. n. 9. usq. ad fin. Tiraq. de retrac. conuent. §. 7. gloss. 1. Hartm. Pistor. lib. 2. quæst. 42. Menoch. de recuperan. possess. remed. 15. numer. 504. cum multis seqq. Schrad. de feud. p. 2. nona partis principalis, sect. 2.* 64

EXERCITATIO TERTIA.

De oppignoratione feudi, debitisq. pro quibus id fuit obligatum.

SVMMARIA.

1. *Feudum vel partem eius absq. consensu domini pignori dans priuatur eo, quod pignori dedit.*
2. *Ne quidem hypotheca sine domini consensu valet aut constitui potest in feudo.*

3. Feu-

3. *Feudum non perdit, qui sine consensu domini obligavit illud, non tradidit.*
4. *Oppignoratio feudi facta duntaxat agnatis consentientibus est invalida.*
5. *Agnatis non obest consensus adhibitus oppignorationi sine permissione domini factæ.*
6. *Rationes opinionis contrariæ diluuntur.*
7. *Creditor feudum illicite oppignoratum absq; vitio possidens non habet jus retentionis contra agnatos, ad quos post obitum debitoris id pertinere cœpit.*
8. *Limitatur n. 12.*
9. *Consensus agnatorum invalidæ obligationi feudi adhibitus ad posteriorem feudi obligationem validam in dubio trahi nec potest nec debet.*
10. *Pro debitis ob necessitates feudi contractis id absq; domini consensu obligari posse non pauci statuunt.*
11. *Sed aliorum sententia verior.*
12. *Legibus in contrarium allegatis respondetur.*
13. *Hypotheca sive pignus tacitum in feudis non habet locum.*
14. *Opinio Schraderi dissentientis reprobatur.*
15. *Creditoribus hypothecarijs præferri jure alicuius hypothecæ nequeunt hi, quibus è feudo alimenta vel dotes debentur, aut creditores pecuniarum propter huiusmodi necessitates erogatarum. Declaratur ibidem.*
16. *Feudum pignori dare domino potest.*
17. *Quid si plures domini sint?*
18. *Feudum quod absq; consensu domini potest alienari, sine ipsius permissione regulariter etiam obligari potest.*
19. *Fructus feudi possunt absq; domini consensu oppignorari.*
20. *Oppignoratio domini consensu facta valet quidem, sed non in præjudicium agnatorum non consentientium.*
21. *Feudum domino apertum cum onere pignoris eo consentiente constituti ad ipsum transit.*
22. *Adducuntur fundamenta, suadentia, feudum consensu domini obligatum reverti ad eum sine pignoris onere, quando post obligantis obitum transijt ad agnatos, qui obligationi minime consenserant.*
23. *Contrarium defenditur.*
24. *Fundamentis prioribus respondetur.*
25. *Ad agnatum remotiorem oppignorationi consentientem feudum, quod penes proximiores non consentientes absq; pignoris onere fuit, cum jure pignoris transit.*
26. *Oppignoratio feudi an & quatenus præjudicet succedenti tam in eo, quam in hæreditate defuncti.*
27. *Ubi creditor aliunde solutionem consequi nequit, ei successor feudi cum domini & agnatorum consensu oppignorati satisfacere tenetur.*
28. *Ostenditur, successorem feudi pro debito legitime obligati compelli non posse ad solvendum, quando creditor ex hæreditate vel ab hærede solutionem consequi potest.*
29. *Opinionis contrariæ rationes adducuntur.*
30. *Et solvuntur.*
31. *Articulus 24. in fin.* Landrecht *lib. 1. ad feuda minime trahendus.*
32. *Hæredi solutione debiti feudum à nexu pignoris liberanti cur adversus feudi successorem actio competere nequeat?*
33. *Creditor possidens feudum cum domini & agnatorum consensu oppignoratum, non tenetur id dimittere, nisi fuerit ei solutum debitum.*
34. *Hæres regulariter à feudi successore cogi nequit, ut liberet feudum à nexu pignoris.*
35. *Feudi successor debitum feudi à creditore consequendi gratia solutum potest ab hærede repetere.*

36. *Feudi successor non opposita excussionis exceptione debitum, pro quo feudum fuit oppignaratum, sponte salvens, potest ab harede repetere solutum.*



Eudi oppignorationē
non minus quam alie-
nationem esse prohibi-
tam, constat ex c. impe-
rialem, in princ. de prohib.
feudi alien. per Frideric.
1 usq; adeo, ut † absq; consensu domini
feudum vel partem eius pignori dans
privetur eo, quod pignori dedit, ut in
d. c. imperialem, per text. ibid. & text.
c. 1 §. aut si libellario, quib. mod. feud. a-
mitt. & c. 1. §. ult. de investit. de re alien.
fac. tradit Bald. n. 1. Laud. nu. 10. Afflict.
n. 19. Camer. pag. 81. vers. tertia limitant,
& p. 102. vers. animadvertite. Alvarat. in
c. 1. §. ult. n. 34. vers. 41. conclusio, dicens
omnes hanc conclusionem firmare, quae fuit
prima caussa benef. amitt. Roman. in l. si
constante, in princ. ubi Alexan. num. 25. ff.
solut. matrim. Jacobin. de S. Georg. de feud.
verb. & cum pacto non alienan. num. 1. Ne-
guzant. de pignor. p. 2. memb. 2. num. 43.
Clar. §. feudum, q. 35. VVurmser. lib. 1.
t. de feud. obser. 18. Hartm. Pist. lib. 2. t.
de feud. obseru. 20. Moz. de feud. sub rubr.
ex quib. causs. feu. amitt. n. 127.

Sed hîc advertendum primò: Li-
cet aliqui sentire videantur, hypothe-
cae constitutionem, cum per eam pos-
sessio non transeat ad creditorem, l. si
rem. §. proprie, ff. de pignor. act. §. item
Serviano, inst. de actionib. in feudis non
prohibitam, sed etiamnum hodie lici-
tam, & absq; domini consensu vali-
dam esse, Jacobin. de S. Georg. verb. &
cum pacto, quod de ipso, nu. 17. & ver. qui
quidem investiti, n. 62. Neguzan. de pign.
p. 2. mem. 2. num. 47. Cacheran. decis. 156.
n. 15. Moz. de feud. sub d. rubr. ex quibus
caus. feu. amitt. n. 129. Borch. de feud. c. 8.
num. 64. vera tamen & communis est
2 sententia. ne † quidem hypothecam
in feudo sine consensu domini valere
sive constitui posse, Jac. Ardiz. in epit.
feud. c. 116. Bartol. in l. qui habebat, nu. 3.
ff. de legat. 3. Bald. in d. c. imperialem, in
princ. n. 1. ubi Praepos. Martin. Laud. n. 11.
Afflict. nu. 19. Camerar. pag. 102. vers. quo
fit, Bald. in d. §. aut si libellario, num. 4. ubi
Afflict. n. 11. Petr. Jacob. de eandict. ex mo-
rib. pro feuda apert. n. 3. Clar. §. feudum,
q. 35. Cravet. respons. 1. pro gen. n. 293. &
390. Hartm. Pist. lib. 2. t. de feud. obseru. 20.
Sansbec. de feud. p. 12. n. 100. Schrad. de feu.
p. 8. c. 1. n. 25. Hotom. cons. 3. vol. 1. VVesem.
de feud. c. 11. nu. 5. Vultei. de feud. lib. 10.
num. 43. qui post alios eandem late tuetur.
In † eo saltem, qui pro debito feudum 3
obligavit, non tradidit, est melioris
conditionis illo, qui pignori dedit,
quia poenam amissionis feudi non
incurrit, Bald. in d. §. aut si libellaria, n. 4.
ubi Alvarot. n. 2. Afflic. n. 11. Idē Bald. in d. c.
imperialem, in princ. nu. 1. & ibid. Afflict.
n. 19. & Camerar. pag. 102. vers. animad-
vertite, dicens omnes hoc velle. Alvarat.
in c. 1. §. ult. n. 3. de invest. de re alien. fac.
& in c. 1. §. deniq; nu. 32. quae fuit prima
caus. benef. amitt. Jac. de S. Georg. verb.
& cum pacto de non alien. n. 1. Curt. de feud.
p. 4. n. 93. Zasius de feud. p. 9. nu. 18. Clar.
§. feud. q. 35. VVurmser. lib. 1. t. de feud.
obseru. 18. Hartm. Pist. lib. 2. d. t. obser.
20. Schrad. de feud. p. 8. c. 1. n. 25. Moz. de
feud. sub rub. ex quibus causs. feu. amitt.
n. 139. a quibus perperam dissentit Lau-
dens. in d. c. imperialem, n. 11. ea motus
ratione, quod per solum consensum
obligatiuū feudi vel alterius rei con-
stituatur jus in re, & agi possit hypo-
thecaria, l. si tibi, §. de pignore, ff. de pact.
l. 1. ff. de pignor. act. l. contrahitur. ff. de
pignorib. cum tamen ex d. c. imperialem,
& c. imperialis, de proh. feu. alie. per Loth.
clare liqueat, obligationem feudi pro
debito sive hypothecae constitutio-
nem esse invalidam, ipsoq; jure nul-
lam, quippe factam contra legis pro-
hibitionem tam severam, l. non dubium.
C. de legib. eoq; per eam jus in feudo
nullum constitui posse. l. cum vitiose,
ff. de pignorib. l. Titia textoret, ff. de leg. 1.
l. 2. §. cum, cum legib. seqq. ff. de optio. le-
gat. Quo fit, ut poena privationis hîc
locum habere nequeat, tum, quia
textus d. c. imperialem, §. callidis, quo
isthaec poena praestituitur, manifesto
praesupponit feudi translationem,
prout

prout etiam *d. §. aut si libellario, juncto §. seq. vers. tunc ille*, quæ casu nostro deest: Tum quia sola venditio quamvis tineatur dominij transferendi gratia, tamen cum sit ipso jure nulla, effectuq; careat, nec per eam feudum vel ipsius possessio transferatur ante traditionem, non meretur pœnam amissionis feudi, *pro qua sententia plurimos ordine longo recensent Tiraq. de retrac. consangu. §. 1. gl. 2. num. 47. Schrad. de feud. p. 9. c. 1. num. 32.* Quanto minus igitur pœnam tam grauem nuda feudi obligatio juris effectu destitura merebitur. Tum, quia paria sunt, nihil esse factum, & tunc effectu sive inutiliter esse factum, *l. etsi ex modica, §. filius. ff. de bonis libert. §. sed nostra. & §. si vero testamentum, instit. de success. libert. l. ultim. ubi Ias. & Dec. ff. de offic. eius cui mand. est jurisd. Pancirol. consil. 127. numer. 24.* & actus invalidus & inutilis non solet mereri pœnam, *l. non putavit, §. non quævis, ubi Bartol. num. 4. ff. de bonor. poss. contra tabul. l. filium, §. si quis contra, ff. de legat. præstan. l. ea quidem, ubi Bald. num. 2. & reliqui Dd. C. si mancip. ita fuer. alien. Iason in l. 1. §. ult. n. 9. & seqq. ff. quod quisq. jur.* nec obesse debet conatus, cum injuria non habuit effectum, *d. l. 1. in fin. & ibid. Dd. ff. quod quisq. juris in alter.*

4 Deinde notatu dignum est, feudi oppignorationem sive obligationem quoniam propterea non valet, quia deest consensus domini, cuius absque permissione omne commercium, per quod imperij vel ipsius domini minuitur utilitas, est illicitum, *d. c. imperialis, & d. c. imperialem, ibiq. not. per Dd.* ne tum quidem subsistere posse, quando facta est agnatis consentientibus: Etenim deest nihilominus consensus domini, qui solus illam sustinere, licitamq; reddere potis est: obstant etiam prohibitiones imperiales, quæ generaliter statuunt, obligationem feudi vel oppignorationem, quæ sine domini permissione fiat, esse debere invalidam & illicitam, nec distinguunt, agnatis ea consentientibus facta sit, an iisdem ignorantibus vel invitis: eoq; generaliter etiam & indistinctè sunt intelligendæ, *l. metum, §. animadvertendum, ff. quod met. caus. l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præstand.* Quod si oppignoratio alias invalida propter adhibitum agnatorum consensum quicquam valeret, necesse foret, eos habere potestatem disponendi de feudo, & hypothecam in eo sive pignus constituendi, siquidem ubi potestas in agentibus deest, actum ab eis nequit esse validum, *l. si quæramus, ff. de testament.* Talem autem potestatem nec utilis quidem dominus habere dignoscitur, *c. 1. in princ. de success. feud. c. imperialis, de probib. feudi alien. per Loth. c. imperialem, de probib. feud. alien. per Frid.* Quanto minus igitur agnatis ea competere poterit. Cumq; non alia de caussa consensus agnatorum requiratur & adhibeatur, quam ut contractus vires habere tum quoq; possit, cum feudum ad ipsos pertinere cœperit, *c. 1. §. rursus, & §. seq. quibus modis feud. amitt. juncto c. 1. §. hoc quoq; de successio. feudi. c. 1. §. quid ergo. cum §. seq. de invest. de re alien. fact.* & consequenter quoties huiusmodi consensus debitum sortiri debet effectum, præsupponatur, contractum principalem alio quopiam defectu non laborare, sed per sese valere, viribusq; subsistere, idque præsuppositum deficiat, ubi deest oppignorationi consensus domini; sequitur, eam propter adhibitum agnatorum consensum haud quicquam valere posse, *l. qui testamento, ibi, si aliud nihil, ff. de testament.* præsertim cum ne quidem juramentum, nedum simplex consensus plures defectus sanare sive supplere queat: *Menoch. & per eum allegati consil. 84. numer. 48. volum. 1.* & consensus ad unum effectum præstitus non debeat alium operari, *l. inter officium, ff. de rei vendicat. l. 1. §. 10. ff. de reb. eor. l. jubemus, C. ad Velleian. Bald. in c. 1. num. 10. an agnat. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 12. num. 54.* Præterea si quicquam valeret oppignoratio propter consensum agnatorum, fieri non posset,

quin

quin domini conditio sine ipsius consensu redderetur deterior. Etsi namque non præjudicaretur ei, quo minus ad ipsum libere feudum revertatur resoluto jure oppignorantis & consentientiũ, *c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amitt.. c. 1. §. si aliquis, apud quem vel quos.* Tamen cum sit ea pignoris & hypothecæ validæ natura, ut debitore non solvente creditor jus distrahendi habeat, *toto tit. ff. & C. distr. pign. §. contra, inst. quibus alien. lic.* usq; adeo, ut tum quoq;, cum convenit, ne distraheretur, nihilominus post trinam denunciationem distractioni sit locus, *l. si convenerit, 4. ff. de pignor. act.* omnimodo futurum, ut ob defectum solutionis in utile dominium feudi per subhastationem, distractionem, vel adjudicationem in solutum fiat executio tam diu vires habitura, quam diu oppignorantis & consentientium jus in feudo fuisset alioqui duraturum, *per ea quæ tradit post alios Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 15. n. 39. usq. ad 65.* eoque dominus invitus alium vasallũ habere cogatur, quod est absurdum, & contra *c. 1. de fratribus de novo benef. invest.* illud etiam absurdius, agnatorum consensum domino præiudicare posse, contra *d. c. 1. & l. soluendo, inst. ff. de negot. gest. cum similibus.* Quinimo licet feudum obligatum non distraheretur, sed creditori traderetur tam diu detinendum, donec è fructibus ei fuerit satisfactum, nihilominus agnatorum consensus oppignorationi adhibitus obesset domino, quatenus ipsius interesse videtur, ne creditor, cui forte posset aliunde satisfieri, feudum teneat, fructuum percipiendorum gratia, ut ostensum exercitatione 1. limit. 2. neve ultra vitam debitoris principalis allodialia bona solutioni sufficientia non habentis; (quo casu ratione urgentis necessitatis, & maioris incommodi, quod emergeret, si ne quidem è feudo creditor quicquam consequi posset, vitandi caussa modicum domini præjudicium non attenditur, *arg. l. alienationes, ff. famil. hercisc. l. cum postulassem, in fi. ff. de dam. infec.*) habeat facultatem retinendi feudum ad agnatos pertinens, eiusq; commoda diutius percipiendo efficiat, ut ij quoq; fructib. feudi destituti servitia domino debita tam commode vix præstent, quam si feudo, cuius ratione serviunt, uterentur fruerentur. Constat autem omne commercium in feudo, per quod imperij vel domini minuitur utilitas, & consequenter id etiam, cui consensus agnatorum accessit, sine permissione domini esse invalidum, *c. imperialis, de prohib. feudi alie. per Loth. c. imperialem, de prohib. feu. alie. per Frid.*

Quibus † porro consequens est, 5
nisi consensu domini superveniente confirmata fuerit feudi obligatio vel oppignoratio, nihil agnatis obesse consensum, quo minus oppignorante sive obligante mortuo nondum soluto debito, feudum ipsi liberũ & immune consequantur, ac ne quidem in subsidium, scilicet allodialibus defuncti bonis deficientibus debitum, pro quo feudum fuit illicite obligatum, solvere compellantur: rum. 1. per regulam *c. 1. an agnatus vel fil. & l. cum vitiose, ff. de pignoribus.* Tum, 2. quia contra ipsos creditori non potest actio realis competere, cum feudi obligatio fuerit invalida. *l. c. in princ. ff. de pignor. l. rem alienam, vers. non est idem, ff. de pignor. act. l. 1. in princ. ff. quibus modis pign. vel hyp. solu. l. 1. C. si alien. res.* multoq; minus actio personalis, quoniam non sunt hæredes, nec feudum ea sequitur, *l. ult. §. ult. ff. de contrah. emt. l. 1. §. si hæres, ff. ad Treb. §. si quid una, inst. de fideic. hered.* Tum, 3. quia sicut principale, hoc est, obligatio feudi non valuit, sic etiam accessorium, nempe consensus agnatorum obligationi accedens remansit invalidus, *l. nihil dolo, §. cum principalis, ff. de regul. jur. c. accessorium, d. r. in 6. Bald. consil. 275. lib. 1.* Proinde agnatis in feudo succedentibus obesse minime potest, cum, quod nullum est, nullum operari

xari

rari debeat effectum, l. non dubium, in fin. C. de legib. l. si pater, ubi gl. C. ne de statu defunct. Roch. Curt. in c. ult. sect. 3. n. 27. de consuet. Gaill. de arrest. imperij, c. 11. num. 14. nec præstet impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, c. non præstat, ubi Dd. de regul. jur. in 6. & consensus invalide sive inutiliter præstitus æquiparetur consensui non præstito, l. quoties, 6. ff. qui satisd. cogn. l. 4. §. condemnatum, ff. de re judic. l. 1. §. quod si nemo, vers. & quidem, ff. quod cujusq; universit. Camerar. in repet. c. imperialem, pag. 715. vers. nam licet: de prohib. feud. alien. per Frid. Unde pro regula obtinuit, consentientem actui invalido, sibi minime præjudicare, l. si debitor, in fin. l. sicut, §. venditionis, ff. quib. mod. pig. vel hyp. solu. l. debitum, C. de remiss. pign. Bald. in l. si diversa, num. 3. C. de transact. Dec. in l. creditor, nu. 2. ff. de regul. jur. qui tacitam consensus censetur habere conditionem, si actus, super quo interponitur, valeat, Socin. Sen. consil. 215. in fin. lib. 2. Tum, 4. quia consensus regulatur ab actu sive contractu, cui adhibetur; assumitq; naturam rei, super qua interponitur, l. damni, 43. vers. & quod in stipulatione, ff. de dam. infec. l. si stipulatus, §. verum, ff. de usur. Camerar. in repet. d. c. imperial. concl. 2. de assensu, in princip. pag. 343. & concl. septima de assensu, in fin p. 410. Marius Freccia de aut. & potest. reg. erga sub feud. lib. 2. §. decimo quarto, num. 6. Hartman. Pistor. lib. 2. q. 48. num. 20. & 21. Est autem oppignorationis feudalis natura, ut absq; domini permissione sit invalida, c. imperialis, de prohib. feud. alien. per Loth. d. c. imperialem. Igitur agnatorum quoq; consensus eidem adhibitus erit invalidus, ubi domini consensus non accessit. Tum, 5. quod agnati consentientes plane sibi persuasum habuerunt, contrahentes impetrasse, vel omnino impetraturos esse domini consensum, alioqui nec ipsi fuissent consensuri, cum non sit verisimile, nec præsumendum, eos contra severam legum imperialium prohibitionem illicito commercio super feudo consensum fuisse accommodaturos, l. merito, ff. pro soc. Alciat. reg. 3. præsumt. 1. Proinde cum domini consensus nō intervenerit, non poterit ipsis consensus proprius obesse, quo minus feudum absq; onere debiti, pro quo fuit inutiliter oppignoratum, consequantur; siquidem consensus ob caussam, quæ credebatur interventura, præstitus, ea non interveniente nō solet officere, l. 2. § circa primam, ubi Dd. ff. de dolo excep. l. 1. § sed et si, ff de cond. sine caussa, nec intentionem consentientiū egredi debet aut potest, l. non omnis, ff. si cert. pet. c. 2. de ordi. cogn. sed ad cogitata nec non voluntati consentanea restringendus est, l. si quis ita, §. penult. ff. de testa. tut. Cravet. resp. 1 pro gen. n. 460. Tum, 6. quia cum plurimum inter se differant, consentire & obligari, l. aliud, ff. de reg. jur. & not. gl. in l. 1. §. si ratum, ff. quod jussu. Bart in l. Lucius Titius Caius, ff. de adm. tut. & in l. si cum dotem. §. transgrediamur, ff. so uto matr. Alex. cons. 13. vol. 2. Afflict. in c. 1. n. 13. qui suc. es. feu. da. ten. agnati obligationi feudi consentiendo non obligant feudum, multoq; minus ad solutionem debiti semetipsos obligant, sed obstaculum solummodo removent, quod effecturum esset, ut soluto jure obligantis jus pignoris in feudo constitutum cessaret, ut verissime dixerit Camer. in rep. d. c. imperialem, pag. 410. vers. nam certum, ut consentiens obligetur, vel non, hoc dependere à contractu feudatarij: Refert & sequitur Hart. Pist. lib. 2. q. 48. n. 20. At obligatio feudi sine domini consensu facta per vasallum, est invalida, nec in feudo jus ullum constituit, c. imperialis, de prohib. feud. alien. per Loth. d. c. imperialem. Quare nec agnati consentientes ullatenus obstricti esse poterunt.

His † exaratis reperi, Michaelem 6
Teuberum IC. eruditissimum in quæstionibus à viro clarissimo D. Andrea Rauchbario locupletatis. & nuper editis, quæst. 46. contrariam tenere sententiam; quam licet, in electoratu Saxonico multis præjudicijs esse confirmatam perhibeat, & rationibus non infirmis tueatur, priorem tamen juri magis esse consentaneam arbi-

arbitror. Huic enim non officiunt, quæ primum de consensu afferuntur, quia procedunt, quando actus, cui censensus fuit adhibitus, alio nullitatis defectu minime laborat; tunc enim is, cujus in præjudicium actus valere nequivisset, ob consensum præstitum perdit jus suum, & alienum fortificiat, sibiq; præjudicat, ne possit actum amplius impugnare, quem alias evertere potuisset, *Cravet. de indemn. mulier. n.40.* At cum actus, ut in proposito contingit, alio quopiam nullitatis vitio laborat, quod per consensum adhibitum non amovetur, sive tollitur, constat, non magis valere posse consensum accessorium, quam actum ipsum principalem, eoq; nec quicquam consentienti præjudicare, *l. si debitor, in fin. ff. quibus mod. pign. cum simil. paulo ante allegatis.* Proinde licet è textu. *c. Titius, si de feud. defunct.* pateat, agnatos alienationi feudi consentientes excludi à jure revocandi & protimiseos, prout etiam liquet ex *c. 1. §. praterea, quib. mod. feud. amitt.* tamen vtrobiq; subest alienatio valida, cum in *d. §. praterea*, domini, quippe inuestientis eos, ad quos feudum alioqui non pertineret, consensus manifeste præsupponatur, & in *d. c. Titius*, alienatio, quia non extraneo, sed agnato facta fuit, absq; consensu domini valeat, *secundum communem Dd. sententiam, de qua post alios testatur Hart. Pist. lib. 2. q. 5. num. 7. & q. 6. num 29.* Quod autem agnati consentiendo alienationi invalidæ sibi præjudicent, ne casu eveniente, quo ex pacto primi acquirentis ad successionem alioqui vocantur, feudum ad ipsos devoluatur, id nec hisce, nec alijs juris feudorum textibus liquido probatur, & contrarium est consentaneum juri communi, quod jure feudorum deficiente sequimur, *c. 1. versic. strenuus, ubi Dd. de feudi cognit.* Quinimo licet admitteretur, eos ob consensum præstitum à successione feudi illicite alienati perpetuo excludi, non tamen inde liceret firmiter inferre, ipsos ob consensum ad reluitionem feudi illicite oppignorati obligari, *l. si pupillorum, §. si prator, ff. de reb. eor.* cum sint hæc invicem longe diversa & separata, subsitq; maxima diversitatis ratio: Illud enim hinc eveniret, quia consentiendo alienationi dominium ad alios in perpetuum transferenti, censerentur effecisse, ne feudi, quod fuit amissum, simul atq; fuit emtori traditum, *c. 1. quid juris si post alien.* dominium vnquam ad sese pertineret, ac proinde sive dominus directus, sive is, in quem fuit alienatione translatum, vel ipsius hæredes id haberent, eorum tanquam possidentium caussa esset potior, quam agnatorum dominio feudi carentium, nec vendicare valentium, *l. ult. & ibi not. per Dd. C. de rei vendic. cum simil.* Secus esset in oppignoratione, qua cum id modo fuerit actum, ut pignus in feudo constitueretur, consentiendo neutiquam effecerunt, ne feudi dominium, quando successionis casus extiterit, ad ipsos pertineat: Proinde sive dominus feudum eo tempore, quo incipit ad ipsos pertinere, possideret, id eis vendicantibus restituere cogeretur, quia pœna privationis contra eos vires exercere sive locum habere non posset, cum feudum nec obligarint, nec tradiderint, dominiq; consensum à contrahentibus impetratum iri crediderint: Sive creditor aut ipsius hæredes illud adhuc tenerent, non esset contra revocantes retentioni locus, quia vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercessit, *l. cum vitiose, ff. de pignorib.* ac debitum est alienum, nec in rem sive utilitatem revocantium versum, *l. 1. in princ. ff. de pignor. l. 1. C. si res alien. pig. da. cum simil.* Non obstat secunda ratio, quod nemini contra factum suum venire liceat: Fallit enim, quando factum est invalidum, *Hieron. Gabr. consil. 125. num. 7. Menoch. & per eum relati consil. 1. num. 100. volum. 1.* uti nec locum habet, quando factum est à lege prohibitum utilitatis publicæ gratia, *l. quemadmodum, C. de agricol. & censit. lib. 11. §. 1. & ibi not. inst. quib. alien. lic. Bart. in l. post mortem, ff. de*

ff. de adopt. Adde quod agnati consenserunt, quia crediderunt, dominum quoq; consensisse, vel contrahentes omnimodo procuraturos, ut is consentiat: & caussa non secuta potest quis ei contravenire, quod ob eam caussam fecit, *l. 2. §. circa primam, ubi Dd. ff. de except. doli. l. ff. de condict. sine caus.* Posset etiam negari, eos venire contra factum suum, quia sive creditor aut ipsius successores in feudi possessione sint, non videntur agnati contravenire revocando feudum absq; oblatione debiti, quia feudum nec obligarunt nec tradiderunt, multo minus ad solutionem debiti alieni, aut ad omittendam revocationem sese astrinxerunt, nec ipsorum emolumento pecunia credita cessit: Sive creditor aut ipsius hæredes id non habeant, ne tum quidem contravenire videntur agnati non solvendo, cum solutionem ipsi minime promiserint, & ab eis nec reali nec personali actione peti queat. Sic etiam evitari potest ratio tertia, quod opponi de jure tertij non possit, quando est exclusiuum juris agentis ita demum, si tertius velit: Cum enim debitum, pro quo feudum fuit absque domini consensu pignori datum, solvere detrectent agnati, quia feudum à nexu pignoris liberum ad ipsos fuit devolutum, non tam jure tertij, nempe domini, quam jure proprio nituntur, *ut tradunt post alios Cravet. consil. 80. num. 19. volum. 1. Menoch. consil. 181. num. 94. volum. 2.* Deinde licet tertius jure suo non utatur, tamen is, cuius pariter interest, jus illud usurpari, potest opponere de jure tertij, *text. est notat. in l. si cui, ubi Castrens. & reliqui, C. de non num. pecun. Panormit. in c. cum non liceat, numer. 15. de præscriptio. Anchar. consil. 301. tres domini. Alban. consil. 64. num. 2. & seq. Cravet. respons. 1. pro gener. num. 400. Menoch. consil. 1. num. 321. volum. 1.* Proinde licet dominus jus suum non usurpet revocando feudum pignori datum, quia tamen agnatorum, simul atq; feudum ad eos pertinere cœpit, interest, opponi de nullitate pignoris deficiente domini consensu illicite constituti in feudo, nihil obstat, quo minus ipsi nullitatem à domino non oppositam utiliter allegent, *arg. d. l. si cui, & simil.* Et ut detur, (quod tamen controversia non caret,) feudum illicite alienatum, vel pignori datum ita demum cadere in commissum, si dominus voluerit, tamen id constat, alienationem vel oppignorationem non ita demum, si dominus voluerit, sed ipso jure nullam & invalidam esse, *Dd. in c. imperialem, de prohibit. feudi alien. per Frid. Clar. § feudum. q. 42. in princip. Afflict. in c. 1. §. aut si libellario, numer. 11. quibus mod. feud. amitt. Joan. Thom. de Marin. de gener. & qualit. feud. t. 2. §. constitutio regni, num. 12.* cùm per *l. non dubium, C. de legib.* tum vero maxime per *d. c. imperialem*, ubi Imperator tam futuras quam præteritas feudorum alienationes & oppignorationes, quibus domini consensus deest, cassat & in irritum deducit: Proinde licet dominus neglexerit declarare voluntatem, feudumq; revocare, tamen cum nihilominus oppignoratio fuerit invalida, eoq; nec feudum vnquam juri pignoris fuerit obnoxium, jure merito ad excludendam creditoris intentionem nullitas pignoris ab agnatis opponitur, *Bartol. & Dd. in l. 2. ff. de except. rei judic. Areti. in l. cum seruum, n. 3. vers. tertia conclusio, C. de seruis fugit. Menoch. d. consil. 1. n. 320. Tiraq. & per eum allegatis in l. si unquã, verb. revertatur, n. 356. C. de reuoc. donat.* Rursus non est dubium, opponi de jure tertij posse contra eum, qui non habet intentionem fundatam, nisi in casu alicui9 conditionis existentis, *l. si prior, §. à Titio, ff. qui potior. in pign. Francis. Aret. in d. l. cum seruum, n. 3. vers. sed primum, & vers. tertia conclusio, C. de seru. fugit. Menoch. cons. 181. n. 96. vol. 2.* At casu nostro creditor caret jure pignoris, quo nititur, eoq; nec habet intentionem fundatam, quamdiu constitutionem pignoris non approbauit consensu suo dominus. Proinde nec mirũ contra eum opponi de jure

tertij posse. Vt omittam, obiectionem procedere saltem, quando feudum pignori datum fuit, non autem quando creditori fuit obligatum non traditũ, quo casu dominus, etiamsi velit, auferre feudum nequit, nihilominus quia propter deficientem domini cõsensum invalida est obligatio & hypothecæ constitutio, & consequenter omnino excluditur jus creditoris cõtra feudi successorem, sive sit agnat9, sive dominus, nullitas istius allegatione agnati sese tueri sine dubio possunt, *d. l. 2. ubi Bart. & Dd. ff. de except. res judic.* Id vero non mirum, hæredes debitoris absq; magistratus autoritate prædium oppignorantis id reluere teneri secundum constitutionem Saxonicam, cum ij succedant in jus universum defuncti, & sic eadẽ, qua defunctus debitor, actione creditori teneantur ad idipsum debitũ, pro quo prędium fuit absq; magistratus autoritate oppignoratum, proinde creditor id jure contra eos retinere possit, sive oppignoratio valeat, sive non, *l. 1. in princ. ff. de pign. l. 1. in princ. ff. quib. mod. pign. vel hyp. soln. l. 1. C. si res alien. pign. cum simil.* Quarta ratio concedit, feudi oppignorationem absq; domini voluntate factam non valere, proinde agnatos, etsi consenserint, conveniri nõ posse hypothecaria, tamen eos ex cõsensu & promissione sua creditoribus actione personali teneri cõtendit, *per l. 1. & t. t. ff. de oblig. & action. & l. 1. ff. de prescr. verb.* Sed cum in legib9 utriusq; tituli statuatur, actionẽ suboriri demum ex contractu nominato vel quasi contractu, vel si subsit ultra consensum caussa, propter quam æquum sit, consentientem teneri actione personali, agnati autem nullũ cum creditore contractum vel quasi contractum inierint, sed creditori & debitori contractum pignoris celebrantibus modo consenserint, isq; jure non subsistat, proinde caussa non subsit præter consensum, civilis obligatio sive actio personalis contra eos nulla suboriri potest, *l. juris gentium, §. sed cum nulla, ff. de pact.* Et quod tertij consensus contractui aliorum adhibitus non præjudicet ei, nedum actionem pariat, quando contractus est invalidus, vel effectum non habet, clare liquet ex *l. si convenerit, 4. in fin. l. sicut, §. si voluntate, ff. quib. mod. pign.* Adde quod absurdum foret, principali, nempe contractu pignoris non valente, nec actionem producente, consensum accessorium, non constituendi, sed olim conservandi sive continuandi pignoris gratia adhibitum valere, & actionem gignere, *l. cum principalis, ff. de regul. jur. juncta l. non omnis, ff. si cert. pet.* Ita nec urget quinta, quod agnati feudo sive successioni feudali renunciare possunt invito domino: Agnati namq; oppignorationi consentiendo non id agant, ut successioni feudi renuncient, sed ut feudo postmodum ad ipsos devoluto pignus in eo constitutum non finiatur sive cesset: Proinde cum pignus in feudo nunquam valide constitutum fuerit consensu domini deficiente, nequit agnatorum consensus effectum sortiri debitum, quandoquidem cessatio vel extinctio pignoris præ requirit sive præsupponit, hoc antea valuisse sive extitisse, *l. decem, ff. de verb. oblig. l. Iulianus, ff. de divort. l. 4. §. si modus, ff. de action. emti.* Minus officit electoralis constitutio Saxonica 46. p. 2. quæ cum disponit, a successoribus feudi solvendum esse debitum, pro quo feudum ipsis consentientibus fuit oppignoratum, tam comprehendere videtur dominum, quando feudum ad ipsum devoluitur, quam agnatos sive simul investitos, eoq; non minus illius, quam horum consensum denotat & requirit. Quin etsi duntaxat loqueretur de agnatorum sive simul investitorum consensu, nihilominus ea necessario de valida feudi oppignoratione, & sic mediante domini consensu facta foret intelligenda, cum verba legis, prout etiam cuiusvis alterius dispositionis, accipienda sint de actu valido, *l. quoties, ff. qui satisd. cogant. l. non putavit, §. non quavis, ff. de bon. poss. contra tab. c. proposuisti, ubi not.*

per

per Dd. de foro compet. cum simil. sitq; regulare, quoties in lege vel statuto de aliqua re tractatur sive disponitur, habilitatem omni alio respectu præsupponendam esse, *l. qui testamento, ff. de testam. c. 1. de ætat. & qualit. lib. 6. c. 1. de filijs presbit. lib. 6. Dec. in l. 1. C. unde legit. Bologn. in l. si quis maior, n. 69. C. de transact. Cravet. cons. 307. n. 2. vol. 2. Decian. cons. 38. n. 73. vol. 3.* Deniq; si maxime reperiantur in jure nonulli casus, quibus actus ipso jure invalidi in præjudicium agentium valent, tamen cum sint ij speciales, & rationibus innitantur peculiaribus, inde nihil minus inferri potest, quam tale quid hic etiam obtinere debere, *l. quod vero, ff. de legib. l. quod contra, ff. de regul. jur.*

7 Tertiò † sciendum, licet ad creditorem absq; vitio feudum pervenisset, puta, si ei pro alio debito consentiente domino fuisset pignori datum, quo casu posset illud etiam absq; domini consensu retinere, donec ipsi vasallus idemq; debitor solvat id quoq; debitum, pro quo feudum fuerat inutiliter obligatum, *l. un. C. etiam ob chirograph. pecun. Angel. in §. item Serviana, n. 5. ubi Ias. n. 22. inst. de action. Schrad. de feud. p. 8. c. 2. n. 6.* aut executione vivo debitore impetrata fuisset missus in possessionem feudi fructuum percipiendorum gratia, tamen ubi post obitũ debitoris feudum ad agnatos pertinere cœpit, contra eos retentio locum habere minime poterit, prout etiam sensisse videtur *Schrad. d. c. 2. n. 6. vers. cæterum*, & ultra rationes modo adductas etiam probatur per text. *l. cum vitiose, ff. de pignor. c. 1. §. rursus, quibus mod. feud. amitt. junct. c. 1. §. hoc quoq; de success. feud. c. 1. in princ. de alien. feudi pater.* tum etiam, quia retentio rei non obligatæ vel inutiliter oppignoratæ, licet quandoq; locum habeat, tamen admittitur duntaxat contra debitorem aut eum, cuius in rem sive utilitatem pecunia credita processit, *l. in hoc judicium, ff. commun. divid. l. si in area, l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de condict. indeb. l. 1. in princ. ff. de pignor. l. 1. C. si res alien. pign. da. cum simil.* non autem contra tertium non obligatum, nec ullum inde commodum sentientem, *l. unic. prope fin. ubi glos. & Dd. C. etiam ob chirogr. pecun. Neguz. de pign. p. 2. me. 3. n. 46. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 1. gl. 9. n. 35.* nec immerito, cum creditor contra tertium rem suã vendicantem exceptionis ope se defendere nequeat, siquidem nihil dolo facit, qui suum petit, quodq; non debet, solvere detractat, *l. nihil dolo, l. nullus videtur, ff. de regul. jur.* neq; cum jactura creditoris locupletior fieri potuit, qui nihil ex pecunia alteri credita vel in alterius utilitatem versa commodi sensit. Ac licet ratione debiti, pro quo feudum fuit inutiliter obligatum, jus pignoris executione mediante fuerit in feudo legitime constitutum, tamen id agnatis in eodem feudo succedentibus ideo nequit officere, quia protinus evanuit, simul atque feudum ad eos pertinere cœpit, cum oppignorationi autoritate decretoque judicis immittentis factæ minime consenserint, nec † anterior 8 ipsorum consensus invalidæ feudi obligationi adhibitus huc in dubio trahi vel extendi possit, aut debeat, quoniam assensus est strictissimi juris, nec ultra casum verbis expresse denotatum producendus, *Andr. de Isern. in c. imperialem, in princ. & ibid. cæteri Dd. de prohibit. feud. alien. per Frider. Hartman. Pistor. lib. 2. q. 49. num. 5.* ac præstitus respectu certi contractus, illo contractu resoluto sive non subsistente, non amplius nocet, *argum. l. plane, 14. ff. de operis libert. Angel. in l. liberta, C. de operis libert. Schrader. de feud. p. 8. c. 5. numer. 24.* finiturq; sive consumitur prima vice, non ad secundam porrigitur, *l. boves, §. hoc sermone, ff. de verbor. signific. Camerar. post alios in repetit. d. c. imperialem, in princ. pag. 355. versic. & intellige etiam:* nec ab uno actu ad alterum extenditur, etiamsi minoris ille sit præjudicij, *l. si pupillorum, §. si prætor, ff. de reb. eorum. Andr. de Isern. in d. c. imperialem, in princip. & ibid. Afflict. not. 12 quæst. 2. numer. 4.* nec intentionem egreditur

non videntur onerari per oppignorationem, ut proinde cessante caussa, propter quam non licet oppignorare feudum, cessare quoq; debeat oppignorationis prohibitio, *c. cum cessante, de appellatio.* Contrarium † tamen, quod amplectitur *Camer. in repet. d. c. imperialem, in princ. pag. 93. vers. his itaque, sentitq; Tomting. decis. 27. nu. 33. 34.* verius arbitror, tum propter severam & universalem Impp. Lotharij & Friderici prohibitionem, qualis longe majoris est potentiæ, quam generalis & simplex dispositio, *l. 3. §. 1. juncta l. coiri, ff. pro soc. c. sunt nonnulli, 1. q. 1. Crauet. consil. 290. num. 4. vol. 2.* & compræhendit etiam casum necessitatis, *Cranet. consil. 204. vol. 2.* adeoq; solet ea quoq; continere, in quibus minor disponendi sive prohibendi ratio subest, *l. 1. §. quod autem, ff. de aleat. l. fin. §. uxori, ff. de auro & arg. leg. l. in fraudem, in fin. ubi Bald. ff. de testam. mil. cum simil. alleg. per Decium consil. 5. num. 2. & consil. 20. num. 1. Decian. inter consilia Menochij, in subscriptione consilij 141. n. 33. lib. 2.* Tum, quod admissa tali casu oppignoratione maximum fieret successoribus feudi præjudicium, quandoquidem feudum rite oppignoratum ob non solutum debitum distrahi natura pignoris hoc importante, *toto tit. ff. & C. de distr. pignor. l. 2. C. si ex caussa judic. l. ordo, C. de exec. rei judic.* inque ipsum utile dominium feudi obligati executio fieri potest, *ut multis ostendunt Camerar. in repet. d. c. imperialem, conclus. septima de assensu, cap. quinto, & Hartm. Pistor. lib. 1. q. 15. num. 30. usq. ad 68.* Ita futurum esset, ut successores feudum admitterent, ac dominus invitus alium vasallum habere cogeretur: cum e diverso, ubi feudum non est oppignoratum neutrum horum eveniat, & agnatis dominoq; prosit plurimum, quod creditores, quibus ratione æris alieni ob feudum eiusq; necessitates contracti sunt obnoxij, fructibus feudi coguntur esse contenti, eosq; in sortem imputare tenentur. Tum, quia si maxime dominus feudo ad ipsum reverso teneatur solvere debita propter incumbentes feudo necessitates contracta, tamen oppignoratione sine ipsius consensu facta dominus contemni videtur, *c. 1. §. ult. quæ fuit prima causs. benef. amitt.* damnosumq; domino censetur, quicquid contra voluntatem ipsius fit in feudo, *l. ult. ff. de usu & habit. Camerar. in rep. t. d. c. imperialem, pag. 94.* Constat autem omne commercium in feudo absq; domini consensu illicitum & prohibitum esse, per quod imperij vel domini minuitur utilitas, *c. imperialis, de prohib. feud alien. per Loth.* Tum, quia si licita foret in proposito feudi oppignoratio sine domini & agnatorum consensu, cogerentur ij solvere omne æs alienum ad utilitatem feudi, sive propter onera feudi à defuncto contractum, cum tamen exercitatione secunda, limit. 4. *n. 48.* fuerit ostensum, eos non nisi pro rata temporis, quo ipsi utilitatem ære alieno procuratam sensuri sunt, sive quo onus apud eos fuisset alioqui duraturum, istiusmodi debitis esse obnoxios. Quod si defunctus emit à domino feudum, & pretium aliunde mutuo sumsit, longe minus creditore sine domini vendentis consensu potest obligari, cum dominus aperto sibi feudo ad æris alieni à vasallo, dum à domino emeret, contracti solutionem non teneatur, *ut ostensum exercit. 2. ampl. 4.*

11 Nec † obstant *l. cum fidei, ff. de fideic. libert. & l. filiusfam. §. divi, vers. sed hæc, ff. de legat. 1.* quibus res à testatore prohibita alienari potest alienari, si necessitas alienandi ex caussa testatoris pendeat: hoc enim eam fit ob caussam, quia testatoris prohibitio præjudicare nequit creditoribus ipsius caussam longe potiorem habentibus, quam ij, quorum favore prohibita fuit alienatio, *l. in imponenda, l. successores, C. ad legem Falcid.* At necesse non fuit, ut vasallus feudi conditionem redderet meliorem ad augendo ipsius utilitatem, aut liberando illud á necessitate præstandi alimenta, & id genus alijs oneribus,

vel si necesse fuit, ut evenire videtur in dote, non tamen ideo fuit etiam necesse, ut feudum sine consensu domini & agnatorum oppignoraretur, cum potuerit consequi pecuniam dando fidejussores, aut hypothecam in bonis allodialibus constituendo, frequenter etiam absq; datione fidejussoris atq; pignoris, vel certe tam debuerit quam potuerit impetrare consensum domini & agnatorum, qui fuissent eo facilius assensuri, quia norunt, esse futurum, ut etiamsi non consenserint, tamen post vasalli obitum teneantur hoc debitum agnoscere, quatenus ipsorum negotium utiliter ab eo gestum est, *l. 2. l si communes, ff. de negot. gest.* Textus autem §. *optimum, in auth. de exhibit. & transmitt. reis*: permittit quidem oppignorare militiam credenti pecuniam ad eam consequendam: sed cum tam stricte, tamq; severe non sit prohibita militiæ, quam feudi oppignoratio, adeoque prohibitione Lotharij & Friderici verbis universalibus concepta intelligantur etiam comprehensa, quæ alioqui prohibitione simplici contineri non censerentur, hic à militia ad feudum non recte ducitur argumentum, *Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princ. pag. 94. vers. nec tenet. Toming.*
12 *decis. 27. numer. 33.* Si † tamen creditor bona fide feudum sibi pignori datum accepisset, quia nempe ignoravit esse feudum, poterit feudum illicite oppignoratum etiam contra dominum vel agnatum, ad quem devolvitur, retinere, donec sibi pecunia solvatur, quatenus ea commodo succedentis cedere dignoscitur, *l. 1. in princip. ff. de pignor. l. 1. in princip. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. l. 1. C. si res alien. pign. videturq́ sensisse Schrad. p. 8. c. 2. num. 6.*

13 Quintò fuerit observandum, etiam hypothecam sive pignus tacitum in feudis non habere locum, *ut per text. d. c. imperialem, & c. in generali, si de feudo defunct. conten. sit inter do. & agnat. tenent Dd. in l. si constante, ff. solut. matrim. Bald. in l. 2. num. 5. C. commun. de lega. Jas. in l. ultim. num. 84. C. de jure emphyt. Alexand. consil. 168. num. 6. ibi Molin. in add. lib. 2. & consil. 41. num. 1. & 2. lib. 7. Afflict. decis. 162. & ad constit. Neapolit. lib. 3. rub. 23. in aliquib. nu. 35. Jacob. de S. Georg. verb. & cum pacto quod de ipso, num. 17. Bald. Novell. de dote, p. 3. q. 187. Neguzant. de pignorib. p. 2. mem. 2. num. 43. dicens* communem & veram *conclusionem, Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princip. pag. 101. versic. hinc plane. Socin. consil. 19. num. 12. lib. 1. Paris. consil. 18. in princip. lib. 1. Crauett. respons. 1. pro gener. n. 293. Mynsing. cent. 6. observ. 45. num. 4. Hartman. Pistor. lib. 2. q. 37. nu. 6. VVesenb. in parat. ff. in quib. causs. pign. vel hyp. tac. contrah. numer. 4. Vultei. de feud. lib. 1. c. 10. num. 46. vers. hinc quodammodo. Dan. Moller. ad constit. Sax. 25. p. 2. numer. 1. post text. ibid. Teuberus q. 38. nu. 44.* idq; verum, tam in hypotheca speciali, quam in generali, *Jas. & Neguzan. loc. rel.* Proinde † 14
vera vix erit sententia *Schraderi in tract. de feud. p. 7. c. 7. num. 48.* asserentis, feudum tacite obligari creditori, qui nominatim & expresse dat mutuo pecuniam ad reficiendum aut liberandum feudum a necessitatibus incumbentibus: Cum enim ob deficientem domini consensum valide nequeat obligari feudum pro debitis ob necessitates feudo incumbentes contractis, etiamsi de oppignoratione feudi nominatim inter contrahentes fuerit actum, adeoq; de facto feudum obligare debitor præsumserit, ut modo fuit comprobatum, quanto minus tacite pro hujusmodi debitis obligatum censeri debebit aut poterit, cum hic non tantum eædem rationes omnimodo militent, verum etiam soleat expressum prodesse magis quam tacitum, *Cagnol. post alios in l. expressa, num. 3. ff. de regul. jur.* ac plerumq; maior sit expressi vis & efficacia, quam taciti, *l. licet, l. penult. ff. in quib. causs. pign. vel hypot. tacit. Crauet. cons. 200. nu. 8. volu. 1. Menoch. consil. 187. nu. 42. vol. 2. Tiraquell. de legib. connubial. gl. 5. num. 60. Schrad. de feud. p. 10. sect. 5. num. 192.* & prohibitus expresse quid face-

facere, ne quidem tacite id facere queat. *l. qui adversum, ff. locat. Tiraquel. & Schrad. loc. rel.* Multo minus defendi potest, quod in *d. c. 7. num. 48.* contendit, feudum esse tacite obligatum pro pecunia mutuo data ad illud emendum, cum adversetur hoc etiam sententiæ crebriore Dd. calculo receptæ, quod hypotheca tacita credenti pecuniam ad emendam rem non competat in ea comparata, *Bartol. in l. interdum, n. 5. ff. qui pot. in pign. Bald. in auth. quo jure, num. 1. ubi Salic. num. 2. C. qui potior. in pign. Salic. in l. licet, num. 3. & ibid. post alios Donell. nu. 1. C. d. t. Castrens. in l. creditor, 25. nu. 2. & ibid. Jas. num. 4. ff. si cert. petit. Ripa in l. dabimus, §. si quis cum tutor, num. 15. ff. de priuil. credit. Neguzan. de pignor. p. 2. me. 4. n. 163. & p. 5. me. 2. n. 3. ubi post Salicet. testatur* esse communem: *Covar. lib. 1. variar. resolut. c. 7. n. 3. Cujac. ad nouellam 136. vers. alioquin res. Gabr. Mudaeus de pignor. sub rub. quib. mod. pign. vel hyp. solu. n. 92. vers. creditorem autem. Vandezan. de priuileg. credit. c. 8. vers. nam q. is qui in emendam: Francisc. Balduin. de pignor. c. 7. circa fin. Donell. de pignor. c. 4. vers. quod pro fauore pupillorum, & versic. certi enim: per l. quamuis ea, C. de pignorib. l. procuratoris, §. plane, ff. de tributoria:* repugnet insuper textus *c. 1. de fratrib. de novo benef. investit.* quo cum ideo negetur, in feudo communi pecunia, nec tamen communi nomine quæsito fratri competere jus succedendi, ne forte dominus invitus alium, quam quem voluerit, acquirat vasallum, eademq; plane subit ratio in hypotheca, quæ suapte natura distrahendi facultatem importat, satis inde patet, credenti pecuniam ad emendum feudum hypothecam in eo nullam acquiri vel competere posse, sine consensu domini, *ut per text. d. c. præ ceteris tradidit Camerar. in repet. d. c. imperial. in princip. pag. 94. vers. secundo quia, quem refert & sequitur Toming. decis. 27. num. 34.*

15 Hinc † verò illud etiam infertur, personas quibus è feudo alimenta vel dotes debentur, aut creditores pecuniarum propter huiusmodi necessitates feudo incumbentes erogatarum posterioribus creditoribus hypothecam in feudo legitimam habentibus præferri minimè posse jure alicuius hypothecæ, quippe qua omnino distituuntur, cum nec privatorum conventione, nec ullo jure tali casu in feudo reperiatur inducta, *Andr. de Isern. ad constitut. Neapolit. lib. 3. rub. 23. incipi. in aliquib. colum. 5. vers. quid si desinat habere feudum, & ibid. Afflict. num. 38. Idem Afflict. decis. 162. num. 5. & 6. Camerar. in repet. d. c. imperialem, vers. ad quod elucidandum, p. 82. & seqq. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 37. num. 6.* Non tamen ideo de suis periclitantur debitis, cum pro iisdem consequendis adversus quemvis feudi possessorem actionem habere soleant, & efficaciter intentare queant, nisi posit ac debeat eis aliunde satisfieri, *Dd. locis modo relat. c. 1. §. mutus, & ibi not. episcop. vel abbat.* & in hunc modum sustineri possunt, quæ tradunt *Daniel Moll. ad const. Sax. 46. p. 2. n. 10. & Teub. q. 38. num. 45.*

Sextò † non omittendum, domino, quia non deest consensus ipsius, 16
quando contractum pignoris cum vasallo celebrat, feudum pignori dari posse, *Jacob. de Ardiz. in t. utrum feud. in pignor. da. prohib. Bald. in c. imperialem, in princ. numer. 1. ubi Alvarot. num. 7. Laudens. num. 7. Afflict. num. 21. Camerar. pag. 79. versic. limitate; dicens omnes ibid. hoc sequi, de prohib. feud. alien. per Frider. Curt. de feud. p. 4. num. 95. Negnzan. de pignorib. p. 2. mem. 2. nu. 44. 45. Schrad. de feud. p. 8. c. 1. numer. 27. Moz. de contractib. t. de pignor. sub rub. de subdistin. pignor. num. 21. & sub rubr. de rebus quæ pignor. dari poss. numer. 25.* Quod † si plures domini sint, oppi- 17
gnoratio uni facta reliquis non consentientibus valet quidem, *Bald. Curt. Negnzan. & Schrad. loc. relat.* sed pro parte tantum ad ipsum ratione dominii directe pertinente: nam quod ultra eam pignori datum fuit, perdit oppignorans, & his qui non consenserunt obvenit, *argument. l. si duo,*

in princ. ff. de jurejur. & post Bald. in d. c. imperialem, sensit ibid. Aluarot. traditq; Laudens. & sequuntur Curt. & Schrad. loc. rel. Quid vero si feudum uni dominorum pignori datum sit individuum? Negari vix potest, jus pignoris in feudo sine reliquorum dominorum consensu valide constitui vel acquiri minime potuisse, l. per fundum, l. unus ex socijs, ff. de seruit. rustic. pred. l. receptum, ff. commun. pred. l. in concedendo, ff. de aq. pluu. arcen. Camerar. in repet. d. c. imperialem, in princip. pag. 80. vers. aliter diceremus. quia tamen oppignoratio, quatenus unius domini consensus intervenit, non fuit illicita, d. l. per fundum, d. l. receptum, sed tantum respectu cœterorum, qui non consenserunt, fit, ut oppignorans feudo in solidum privari nequeat, l. rescriptum, & ibi not. per Dd. ff. de his quæ ut indign. & quoniam illud est individuum, adimi vel amitti pro parte nequit, l. pro parte, in fin. ff. de seruit. l. una est, ff. de seruit. rust. pred. & hoc forte senserunt sive innuere voluerunt asserentes, individuum feudum uni dominorum sine consensu reliquorum pignori dari posse, Aluar. in d. c. imperialem, num. 12. Schrad. d. p. 8. c. 1. n. 27. Rursus quia nec domini, ad quos feudum videtur eo ipso, quia fuit absq; illorum consensu oppignoratum, tanquam commissum pertinere cœpisse, d. c. imperialem, §. callidis, id pro parte petere possunt, quippe individuum, necesse est, ut id integre per eos petatur, vasallus autem (qui per eum, cui feudum pignori dedit, possidere intelligitur, proinde in retinendo feudo individuo potiorem caussam habere dignoscitur, tum ratione possessionis, arg. l. mulier, ff. qui potior. in pign. Bald. in c. 1. in princ. n. 2. & ibid. Martin. Laud. n. 6. de fratrib. de nouo benef. inuest. tum etiam, quia domini in solidum recuperando feudum, quo vasallus in solidum privari nequivit, venirent contra factum proprium; nempe concessionem feudi a sese vel suis antecessoribus factam, Aluarot. post antiquiores quos alleg. in d. c. 1. in princ. num. 1.) liberari queat offerendo partem æstimationis feudi, quantam in eo, si dividuum esset, habituri forent, tex. ad hoc notabilis in l. cum filius, in princ. ff. de legat. 2. Bald. in d. c. imperialem, in princ. num. 1. ubi Laud. nu. 12. ijdem clarius in d. c. 1. in princ. ille n. 2. hic n. 6. ubi Aluarot. num. 1. idemq; sensisse videntur Ioan. Andr. in add. ad Specul. t. de feud. super rub. Ias. in l. re conjuncti, nu. 232. ubi Ripa nu. 167. & 168. Bolognet. nu. 351. ff. de legat. 3. nisi forte ratione maioris partis ad petitores spectantis, aut alia quapiam probabili de caussa judex decernat, eos in offerenda æstimationis parte, feudoque consequendo potiores esse debere, Andr. de Isern. in d. c. 1. in princ. ubi Aluarot. n. 1. vers. ego tamen. Laud. nu. 6. Afflict. n. 8. de fratrib. de nouo benef. inuest. & quod ab eo, qui feudum, quia dividi nequit, in solidum retinet, aut consequitur, alijs pars æstimationis feudi, quantam scilicet in feudo, si dividi potuisset, habituri fuissent, præstanda sit, communem esse Dd. conclusionem, testantur præ cœteris Paris. consil. 6. nu. 8. lib. 1. Grass. §. jus accrescendi, q. 34. nu. 7. Constat † insuper 18
feudum, quod absq; domini consensu potest alienari, regulariter etiam sine consensu eiusdem valide oppignorari posse, ut patet ex dictis in exercit. secunda, limit. 2. n. 41. traditq; Ripa in l. obligatione generali, n. 39. ff. de pignorib. Moz. de contract. t. de pign. sub rub. de reb. quæ pign. da. poss. nu. 25. Sic † etiam fru- 19
ctus feudi, cum nō tam sint feudales, quam bonis accenseantur allodialibus, quando sunt separati, vel considerantur ut separandi, c. 1. de fratrib. de nouo benef. inuest. c. 1. §. his consequenter, hic finit. lex. c. 1. an agnat. possunt absq; domini consensu oppignorari, non tantum percepti, verum etiam quotquot è feudo, quamdiu ipsius erit, percipientur, l. obligatione generali, l. & quæ, in princ. ff. de pignor. Ioan. Fab. in §. item Seruiana, ubi Ias. n. 113. inst. de action. Laudens. in c. 1. §. donare, n. 6. qualit. olim pot. alien. feud. Ias. in l. ult. n. 78. C. de jure emphyt. Neguz. de pignor. p. 2. mem. 2. n. 48. Camerar. in repet. d. c. imperialem,

vialem, in princ. pag. 80. vers. secundo limitant: & pag. 129. versi. duo igitur. Curt. de feud. p. 4. num. 95. Schrad. de feud. p. 8. c. 1. num. 25. VVesenb. de feud. c. 11. nu. 6. Berch. de feud. c. 8. n. 58. Moz. de contract. t. de pignor. sub. rub. de reb. q. pign. dari poss. num. 25. idemq; senserunt Dd. alienationem commoditatum sive fructuum feudi sine domini consẽsu valere communiter statuentes teste *Ruino consil. 176. n. 13. lib. 1. Clar. §. feudum, q. 31. n. 9.*

20 Septimo † circa propositam materiam observandum, quando consensu domini feudum pignori datum vel obligatum fuit, valere hypothecam sive pignus Vasallo vivente, licet agnati minime consenserint, vt liquet *ex c. 1. §. hoc quoq; de success. feud.* vbi investitura de feudo sine agnati consensu facta, quam filiæ procuravit Vasallus, valet ipso vivente: Hoc si verum in investitura, qua non modo possessio, *c. 1. in princ. quid sit invest. c. 1. in fi. de nova for. fidelit.* verum etiam vtile dominium transfertur in investitam, *c. 1. §. rei, de invest. de re alie. fact. juncto c. 1. §. præterea, quib. mod. feu. amitt.* quanto magis hypotheca vel pignus, quæ dominium vtile minime trasferunt, jus tantum reale in feudo creditori tribuunt, absque agnatorum consensu valebunt, quamdiu feudum ad oppignorantẽ pertinet. Sic etiam constitutio Friderici, nec non Lotharij, vetat quidem oppignorationem feudi absq; domini permissione fieri, non tamen prohibet aut invalidam reddit oppignorationem consentiente domino, sed absq; agnatorum consensu factam: proinde relinquit eam sub dispositione juris antiqui, quo Vasallus reale jus in feudo, donec ipse vixerit, duraturum constituere sine agnatorum consensu potuit, *c. 1. §. quid ergo, de invest. de re alie. fact.* quodq; pignori dare potuerit absque consensu agnatorum patet, ex *c. 1. §. aut si libellario, cum §. seq. quib. mod. feud. amitt.* ubi secundum jus antiquum distinguitur, plus medietate feudi obligaverit, nec ne, & hoc quidem casu etiam absque domini, nedum agnatorum consensu valere oppignorationem perhibetur, illo autem casu cum solummodo decidatur, feudum ad dominum reverti, si scilicet absque ipsius consensu plus medietate pignori datum fuit, alioqui feudum domino non aperiretur, *c. 1. §. sine vero, de alien. feud.* non obscure simul innuitur, absque agnatorũ consensu etiã plus medietate feudi pignori dari licuisse: alioqui fuisset illic aut alibi declaratũ, quid juris, quando cõsentiente domino sine agnatorum consensu pignori datum fuit, de quo tamen altum vbique silentium. Suffragatur quoque ratio diversitatis evidens inter agnatorum dominique consensum: Quod enim oppignoratio sine domini consensu est ipso jure nulla, evenire videtur non tantum ex manifesta severaque juris prohibitione, verum hinc etiam, quia si valeret, creditor, debitore non solvente feudum jure suo distraheret, *toto tit. ff. & C. de distrac. pign.* aut judicis autoritate in solutum acciperet, *l. a divo Pio, §. si pignora, ff. de re judic. l. 2. & 3. C. si in caussa judic. pign. cap. sit*: & consequenter debitor, qui feudi ratione domini Vasallus erat, eo ad alterum non illegitime translato, desineret esse Vasallus, *c. 1. quid juris si post alien.* adeoque contractus feudi & obligatio mutua inter ipsum & dominum sine voluntate factoque domini dissolveretur, *arg. c. 1. in fine, in quibus causs. feu. amit.* & quidem ita, vt etiam feudo, quod ratione illius contractus & obligationis in Vasallum transtulit, vlterius carere, ac invitus alium Vasallum habere cogeretur, *c. 1. de fratribus de novo benef. invest.* quod jure non admittitur, *d. c. 1 l. 1. C. quando lic. ab empt. disced.* At nulla est inter Vasallum & agnatos obligatio, nullus etiam inter ipsos ratione feudi contractus fuit initus, eoq; licet absq; consensu agnatorum feudum in alios transferatur, jus ta-

jus tamen eis ex investitura primi acquirentis competens illæsum & illibatum remanet, feudumque defuncto alienatore ad eos est perinde perventurum, acsi nunquam fuisset alienatum, *c. Titius, si de feudo defunc. contem. sit inter do. & agn. fac. l. alienatio, ff. de contr. emt.* Quare nil mirum, interim oppignorationē quæque sequūtur ex ea, sine ipsorum consensu valere. Idem probant ij textus, quib. denotatur, cum in quem utile feudi dominiū consentiente domino translatum fuit, tam diu retinere feudum sine præjudicio, quam diu ille qui dedit, aut hæres ipsius masculus vixerit, nisi proximus agnatus ab emtore intra annum delato pretio revocaverit, *c. 1. §. hoc quoq; de, su. ceß. feud. c. 1. § sed et si aim res, per quos fiat inuest. c. 1. §. porro, qual. olim feud. alien. c. Titius, si de feudo defunc. cont. §. si alter ex fratribus in capitul. extraor d.* Retractus enim sive jus redimendi validam præsupponit venditionem, *Castr. cons. 74. lib. Capoll. consil. ciuil. 44. Tiraq. de retr. consangu. § 1. gl. 2. num. 5.* & invalide alienatum illico nec tantum intra, sed & post annum, quandocunq; libuerit, revocari sive auferri potest, *l. fuarei, l. & quod, l. rem alienam, ff. de contrah. emt.* Cum igitur inde sit manifestum, alienationem domini voluntate factam sine consensu agnatorum valere, dum alienans est in vivis, & consequenter textum *c. 1. in princ. de alien. feud. pat.* quo negatur eam valere, non simpliciter, sed euitandæ contradictionis & absurditatis gratia secundum quid intelligendum esse, nempe, ut alienatio vivo alienante alioqui valida non valeat in præjudicium agnatorum non consentientium, quatenus eis integrum & illæsum remanet jus ex investitura majorum quæsitum, prout eundem textum recte interpretantur *Albert. Brun. consil. 80. num. 19. Hartm. Pist. lib. 2. q. 6. numer. 60.* sequitur, multo magis oppignorationem domini voluntate factam, quæ momenti longe levioris est, nec dominium transfert, sine agnatorum consensu valere, dum oppignorans vivit, siquidem ubi licita est alienatio, regulariter æque vel magis licita censetur oppignoratio, *se undum glos. not. in l. 2. ubi Bald. num. 5. & reliqui, C. de patribus qui fil. distrax. Dec. in l. non debet cui, nu. 2. ubi Cagnol. num. 4. ff. de regulis juris.* Proinde videntur idem de feudi obligatione sive oppignoratione sentire Dd. alienationem sine agnatorum consensu valere statuentes, quos ordine recenset *Hartm. Pist. d. q. 6. n. n. 58. & ultra illos Clar. §. feudum, q. 42. n. 1. Joan. Thom. de Marin. de feud. gener. & qualit. t. de feud. ex pact & prouid. antiq. n. 67. & 77. Vultei. lib. 1. de feud. c. 10. n. 72. & 94.*

21 Octavo nosse debemus, consensum semel à domino præstitum non tantum validam reddere feudi obligationem, verum etiam efficere, ut Vasallo deinde sine liberis decedente feudum domino apertum cum onere pignoris in eo constituti ad ipsum transeat, eoq; teneatur ipse luere debitum, aut pati creditorem uti jure suo, *Andr. de Isern. in c. 1. § si clientulus, de alien. feud. & in c. 1. §. quid ergo, ubi Mart. Laud. n. 11. de inuest. de re alie. fact. Camerar. in repet. c. imperialem, in princ. pag. 395. vers. ergo si aliud principale, de prohib. feudi alien. per Frid. Marin. Frecc. de autorit. & pot. regis erga subfeudat. autorit. 29. num. 8. Hartm. Pist. lib. 2. q. 45. erudite hanc sententiam contra Afflict. defendens: Vultei. lib. 1. de feud. c. 10. num. 70. vers. an idem, dicens, eam notissima Germaniæ consuetudine generali receptam esse:* quæ videtur etiam procedere, licet dominus consensisset salvo jure suo, *ut ostendunt Freccia & Hartm. Pist. loc. rel. sequitur Sixtyad. de feud. p. 8. c. 4. numer. 34.* ac vel hinc patet, quia per hanc clausulam non intelligitur reservari aliquid repugnans consensui vel negotio, super quo interponitur, *Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 30. q. 35. num. 130.* quamvis contrarium, nempe feudum sine pignoris onere reverti ad dominum,

quī

qui salvo jure suo consensit, teneant *Praeposit. in c. 1. §. quia ergo, & ibid. Laud. n. 1. de invest. de re alien. fact. Zas. de feud. p. 6. n. 27. Paris de Put. de reintegr. feudi, c. 44. n. 10. Bursatus consil. 171. p. 2. quorum opinionem videri communiorem dicit Teuber. q. 45. num. 15.*

22 Quid † vero si feudum consensu domini pignori datum jure successionis post obitum obligantis transierit ad agnatos, qui minime consenserant, & his demum decedentibus domino apertum fuerit ? Videbatur dicendum, non teneri dominum, sed feudum a nexu pignoris eum consequi liberum: Cum enim obligatio feudi valere nequiverit in praejudicium agnatorum non consentientium, *c. 1. de alien. feudi pater. Cravet. respons. 1. pro genero, n. 391. Ioan. Thom. de Marin. t. 2. de feud. ex pact. & provid. antiq. numer. 50.* utiq; necesse est, ut quam primum feudum ad ipsos pertinere coeperit, jus hypothecae sive pignoris in feudo constitutum evanescat, alioqui feudum à nexu pignoris liberum non forent habituri, *l. lex vectigali, ff. de pignorib. c. 1. §. rursus, quibus mod. feud. amitt.* Obligatio vero vel jus semel extinctum non amplius reviviscit, *l. qui res, §. aream, ff. de solution. l. cum ex caussa, C. de remiss. pign.* Deinde si dominus feudum non adipisceretur liberum, sequeretur, obligationem feudi valere non ratione solius utilis dominij, verum etiam ratione directi, quia post obitum debitoris utile dominium feudi est penes agnatos absq; onere pignoris, proinde toto eo tempore jus pignoris ope utilis dominij destitutum necesse fuisset sustineri ratione dominij directi penes dominum consentientem existentis: Atqui constat, obligationem feudi duntaxat ratione utilis, neutiquam vero ratione dominij directi valere: Sive enim obligantem spectes, utile modo feudi dominium habuit, eoq; non nisi vigore istius dominij pignus constituere potuit: Sive dominum, semper ille censetur consensisse tantummodo respectu utilis dominij, quod ab eo vasallus habet, minime vero respectu dominij directi, nec in hoc sibi quicquam praejudicare voluisse praesumitur, *ut post Bald. tradit Laudens. in c. 1. §. sancimus ut nemo, numer. 3. quo tempore miles. Bursat. cons. 171. p. 2. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 45. num. 13.* Adde quod consensus ad ea, de quibus verisimiliter haud fuit cogitatum, nec extendi nec accommodari debet, *ut tradit post alios Camerar. in repetit. c. imperialem, in princip. concl. 8. & 12. de assensu, de prohibit. feud. alien. per Frider.* At cum post obitum debitoris & haeredum ipsius masculorum feudum non fuerit ad ipsum, sed ad agnatos transiturum, nihil minus cogitasse videtur, quam creditorem tamdiu solutionem non fore consecuturum, quamdiu quisquam agnatorum superfuerit: Proinde vel hac de caussa feudo ad dominum reverso minime jus pignoris inesse debebit. Potest etiam ponderari tex. *c. 1 §. si autem dissentiente, qual. olim feud. alien.* quo cum agatur de alienatione olim sine consensu domini valida, qualis est hodie, quae fit absque agnatorum consensu, statuitur, omnem alienationem ad irritum revocari, simul atq; casus extiterit, quo feudum ad eum, cuius absque consensu alienatum fuerat, pertinere coeperit: Cui consonat, quod in *c. 1. §. si aliquis, apud vel quos,* deciditur, totum quod fecit alienans, tali casu revocari debere : Non est autem dubium, quin uterq; textus etiam in oppignoratione procedat, cum ea sub alienatione contineri soleat, *l. ult. & ibid. not. per Dd. C. de reb. alien. non alien.* tum praesertim, cum dispositio est universalis, qua comprehensa intelliguntur, quae alias non continerentur, *Menoch. & per eum allegat. cons. 129. n. 8. & seqq.* ac de alienatione disposita cum alias, tum in primis in materia feudorum, habeant etiam in oppignoratione locum, quando inter utramq; non subest ratio diversitatis evidens, *c. 1. §. aut si libellario, cum §. seq. & §. item si quis, quibus mod. feud. amitt. c. imperialem, de pro-*

de prob. feu. alie. per Frid. Cum igitur oppignoratio, jusq; ex ea creditori quæsitum penitus in irritum revocatum fuerit, feudo ad proximiorem devoluto, pariter domini consensus oppignorationi adhærens corruerit oportet, ut feudo ad dominum reverso is ex eo teneri nequeat, *l. nihil dolo, §. cum principalis, ff. de reg. jur. cum similibus.*

23 Verius † tamen arbitror, feudum ipsi post obitum agnatorum nõ consentientiũ apertum oneri pignoris esse obnoxium: Namq; si rationes, quibus evincitur, feudum quando post obitum debitoris ad dominum revertitur, oneri pignoris obnoxium remanere, prout eas ordine proposuit *Hartman. Pist. d. q. 45.* rite perpendantur, liquido patet, illas non minus locum habere, quando feudum pignori nexum transit post obitum debitoris ad agnatos non consentientes, indeque demum ad dominum, quam ubi post mortem debitoris protinus & immediate revertitur ad dominum: Et quod feudi devolutio ad agnatos, quorum in præiudicium oppignoratio non valuit, impedimento non sit, quo minus feudo ad dominum postea reverso, jus pignoris antea legitime constitutum insit, probatur per *l. voluntate, in princ. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* ubi debitor voluntate creditoris vendidit pignus emtorique tradidit, vt verbis restituendi, retinendi, reddendi, quæ IC. vsurpat, non obscure denotatur: nec potuit esse pignus, quam diu rem habuit emtor: nihilominus ubi postea placuit inter ipsum & venditorem, vt à venditione discederent, reverso ad venditorem dominio rei, etiam creditori pristinum jus pignoris restituitur: Sicut igitur ipse creditor consentiendo efficiens, ut emtor absq; pignoris onere rem consequatur, non omnimodo pignus remisisse intelligitur, quando postea disceditur à venditione: ita etiam in proposito dispositio legis inducendo, ut agnati absq; pignoris onere feudum consequantur, neutiquam censeri potest omnimodo remisisse sive extinxisse jus pignoris, cum feudum non sit perpetuo remansurum penes agnatos & ipsorum hæredes, sed futurum, ut post obitum eorum, qui sunt investitura compræhensi, à contracta feudali, vigore cuius ij feudum obtinuerunt, discedatur, feudumque ad dominum revertatur: quo eveniente creditore non minus saluũ esse debebit jus pignoris, quam cum post resolutam venditionem rei distractæ dominium debitori rursus obvenit. Similis textus est in *l. in bello, §. si pignori, ff. de capt. & postlim. reuers.* ubi servus oppignoratus ab hostibus captus fuit & redemtus à tertio, qui eam ob caussam dominum servi absq; pignoris onere fuit consecutus: nihilominus ubi pristino domino pretium expositum offerenti, prout tenetur, eum restituit, creditori non minus in eo competit jus pignoris, quàm ante captivitatem competiit: quod si dominum servi sine pignoris onere redimenti obveniens non est impedimento, quo minus servo ad pristinum dominum reverso creditor in eo jus pignoris perinde habeat, atq; fuisset habiturus, si pristinus dominus immediate servum ab hostibus captum recepisset, utiq; nec utile dominium agnatis post obitum debitum debitoris absq; pignoris onere obveniens obstare poterit aut debebit, quo minus feudo ad dominum deinceps reverso creditor in eo jus pignoris tam habeat, quam fuisset habiturus, si post obitum debitoris immediate feudum devolutum fuisset ad dominum. Suffragatur etiam, quod in creditore videmus obtinere, quem constat in re obligata pignus habere non posse, cum factus est rei dominus, *l. si rem alienam, 29. ff. de pignor. act. l. neq; pignus, ff. de regulis jur.* nihilominus hoc restringitur, ne procedat, cum dominum ab eo quæsitum est revocabile, *tex. in l. ex sextante, §. Latinus, vers. in proposito, ff. de except. rei judic. l. debitor,*

bitor, ff. ad Trebell. l. 1. C. ſi antiquior cred. abiq. Dd. Tiraquell. & per eum allegats de retract. conſang. §. 1. gloſſ. 7. num. 70. Quod ſi creditor ipſe acquirendo revocabile dominium ſibi non præjudicat, quo minus ubi dominium aufertur ſive revocatur, jure pignoris uti queat, multo minus ei diſpoſitio juris alicui ſive quibuſdam dominium abſq; pignoris onere tribuentis præjudicabit, quo minus eo dominio ceſſante perinde poſsit uti jure pignoris, ut potuit ante quam impedimentum interveniret, ſiquidem factum cuiq; ſuum longe magis præjudicare ſolet, quam legis diſpoſitio, *gl. in l. Celſus, in princ. ubi Dyn. & relio qui Dd. ff. de recept. arb. Bartol. in l. ſi inſulam, num. 10. & ibid. cæteri, ff. de verb. oblig.* quæ potius unicuiq; jus ſuum, quatenus abſq; alterius injuria ſive præjudicio fieri poteſt, tuetur atq; conſeruat, quam detrahit, *l. 2. ff. de his qui ſunt ſui vel alie. jur.* Deniq; cum non aliam ob cauſſam jure feudorum ſit ita comparatum, ut jus pignoris nullum exerceri queat in feudo, poſtquam ad agnatos pertinere cœpit, quam ne ſine facto ſuo damnum ſentire, juriſq; ſui diminutionem pati cogantur: & hoc ipſum abunde præſtetur eo ipſo, dum jus pignoris toto eo tempore, quo ad agnatos feudum pertinere dignoſcitur, viribus eſt omnino deſtitutum, utiq; diſpoſitio juris conditionem agnatorum deteriorem fieri nullatenus permittentis non efficiet, ut pignus antea legitime in feudo conſtitutum ne tum quidem vires habere vel exerere queat, cum feudum poſt obitum agnatorum ad dominum oppignorationi conſentientē revertitur, ſiquidem ceſſante cauſſa ceſſare debet effectus, *c. cum ceſſante, de appellat.* & actus vel diſpoſitio trahi minime poteſt ad id, quod de neceſsitate non includit, *l. penult. ff. de his qui ſunt ſui vel alie. jur. Zaſ. conſil. 5. num. 106. lib. 1. Molin. de uſur. q. 20. n. 205.* Nec † obſtant in contrarium adducta: Non enim ex eo, quod obligatio feudi valere non potuit in præjudicium agnatorum non conſentientium, ſequitur, hypothecam ſive pignus in perpetuum fuiſſe ſublatum vel evanuiſſe, cum dominium ipſorum non ſit perpetuum & irrevocabile, ſed ad dominum directum delicto vel obitu eorum reverſurum eoq; nec ulterius, quam penes ipſos durat, juri pignoris obeſſe queat. Magis igitur ceſſare pignus, dum agnati feudum tenent, quam extinctum eſſe videtur, proinde nec mirum, ſi feudo ad dominum reverſo reconvaleſcat, vireſq; ſuos exerat, *l. qui res, §. aream, ff. de ſolution.* Nec verendum, ne obligatio feudi valere nequeat ratione ſolius utilis dominij, quia licet jus pignoris omnimodo ſive in perpetuum non ſit ſublatum, attamen ceſſat quamdiu non ſuſtentatur ab utili dominio penes agnatos exiſtente, *d. §. aream.* At feudo ad dominum devoluto non amplius pignori deeſt utile dominium, quo ſuſtentetur, proinde vires obligatio feudi recuperat, nec vlterius ceſſat pignus, poſtquam deficit impedimentum, propter quod ceſſaverat, *c. cum ceſſante, de appellat. Decian. conſil. 6. n. 29. vol. 2.* Tertium vero argumentum, ſi quicquam valeret, non minus procederet, quando agnati conſenſerunt, quam caſu noſtro, cum tamen quando illorum conſenſus intervenit, negari vix queat, feudum tam eſſe pignori nexum, cum revertitur ad dominum, quam cum penes obligantem aut ipſius agnatos eſt, ſiquidem natura pignoris eſt, ut quemlibet feudi obligati ſucceſſorem ſequatur, *l. grege, §. & in ſuperficiarys, l. ſi fundus, §. in vendicatione, ff. de pignorib.* & dominus ſecundum naturam contractus iniri conſenſiſſe intelligitur, *Camer. in repet. c. imperialem, concl. 2. de aſſenſu, & concl. 7. ſub fin. de prob. feud. alien. per Frid. Hartm. Piſtor. lib. 2. q. 48. num. 20. & 21.* Ac licet exiſtimare forte dominus potuerit, debitum citius iri ſolutum, quam feudum aperiatur, tamen cum æque potuerit evenire contrarium, prout etiam evenit, & voluntatem ſuam dominus

accommodaſſe cenſeatur ad id, quod jus diſponit, *l. ſicut, ff. de ſeruit. l. quanquam, ff. de ritu nupt. Hartm. Piſtor. & per eum relati d. quæſt. 48. num. 22.* & ratio juris exigat, ut conſenſus rite ſemel præſtitus ſit perpetuus, *c. quod ſemel, de regul. jur. in 6. l. per fundum, ff. de ſeruitut. ruſt. præd. l. de acceßionib. § ult. ff. de diverſ. & tempor. præſcript. l. 1. §. prodeſt, verſ. unde ſi quis, ff. quod legator.* & jus pignoris in fundo ſemel rite conſtitutum, cum eo, quatenus præjudicium juris alieni non eſt impedimento, tranſeat, ad quemcunq; fundus pervenerit, *l. grege, §. & in ſuperficiarijs, l. ſi inter, 21. §. ult. ff. de pignorib. l. diſtractu, C. d. t.* utiq; cogitauit aut certe cogitare debuit, certo certius eſſe futurum, ut feudo prius aperto, quam creditori fuerit ſatisfactum, onus pignoris inhæreat. Ad textum *c. 1. §. ſi autem diſſentiente, qual. olim feud. alie. pot. & c. 1. in fin apud quem vel quos*, reſponderi poteſt, ibi nec domini, nec agnatorum, ſi qui fuerunt inveſtitura compræhenſi, conſenſum interveniſſe: proinde non mirum, ſi reſoluto ſive ſublato jure˜ alienantis & hæredis ipſius maſculi, tollatur jus accipientis vnicè ab alienante dependens, & omnis alienatio ſive totum, quod fecit alienans, in irritum revocetur, cum nemo plus juris in alterum transferre poſsit, quam ipſe habeat, *l. nemo plus, ff. de regul. jur. l. traditio, ff. de acquiren. rer. domin.* nec poſſit quiſquam conditionis eſſe melioris, quam autor ipſius, à quo jus in˜ eum tranſijt˜, *l. in his qua, ff. de regul. jur.* At˜ caſu noſtro jus pignoris non ſolum à debitore obligante fuit in feudo conſtitutum˜, verum etiam concurrit voluntas domini, qui dum conſentit˜, in effectu habetur pro eo, ac ſi feudum ab ipſo pignori daretur ſive alienaretur, *Iſern. in c. 1. §. ſed nec eſt alia, numer. 28 quæ fuer. prima cauſſ. benefic. omitt. Harman. Piſtor. d. quæſt. 48. num. 17. 18. argument. l. lege obvenire, ff. de verbor. ſignificatio. l. ſi liquear, C. de inoffic. donatio. §. jusjurandum. in authorit. de defenſor. civitat.* Proinde licet reſolvatur jus Vaſalli obligantis, tamen jus creditoris non˜ vna funditus interit, ſed oppignoratio rite ab initio facta ſuſtinetur adhuc & fomentum ac robur accipit à conſenſu domini, ad quem feudum eſt propediem reverſurum. Præterea quod vtroque loco dicitur, procedit & verum eſt reſpectu eius, qui non conſentit, ut evidenter patet ex ratione nominatim addita in *d. c. 1. apud quem vel quos, ibi, quia beneficium ſenioribus aperitur*: nam ſimul atque caſus extiterit, quo feudum alienatum ſive pignori obligatum ad diſſentientem pertinere cœpit, omnis alienatio, ſive totum quod fecit alienans, in irritum revocatur, quatenus diſſentientis præjudicium concernit: Interim vero minime negatur, oppignorationem ſive jus ex ea creditori quæſitum ſuſtineri nihilominus poſſe, quatenus effectum ita poteſt in poſterum ſortiri, ut ei, qui minime conſenſit, neutiquam præjudicet. Quod † autem de domino 25
dictum fuit, multo magis obtinere videtur etiam in agnatis remotioribus, qui ſi conſenſerint oppignorationi, feudum quod penes proximiores, qui non conſenſerunt, abſq; pignoris onere fuit, pignori nexum˜ habituri ſunt˜, quando proximioribus deficientibus ad ipſos erit devolutum, cum non modo rationes tam ab *Hartman. Piſtor. d. q. 48.* quam à nobis adductæ hic æque locum habeant. verum etiam illud accedat˜, quod conſenſus eorum alioqui fruſtratorius eſſet, omniq; careret effectu, cum adhibeatur, non ut validam reddat oppignorationem, quæ domino permittente valet etiam ſine conſenſu agnatorum, ſed ut hypotheca ſive pignus alioqui nullatenus agnatis obfuturum, cum quoq; cum penes ipſos feudum erit, omnimodo ſubſiſtere, ſuaſq; vires exercere queat: Cumq; agnatis remotioribus conſentientibus perinde ſit, ac ſi feudum ab ipſis pignori obligaretur ſive alienaretur,

ergo

arg. l. lege obvenire, ff. de verb. signif. cum simil. supra allegat. & ipsorum consensui sive obligationi inde resultanti tacita inesse dignoscatur conditio sive dies incertus conditionem inducens, *l. stipulatio ista, §. inter incertam, l. quotiens q., §. non solum, utrobiq. Dd. ff. de verb. oblig.* cum scilicet ad consentientes feudum pertinere cœperit, (nec enim agnati feudum nondum ad se devolutum, sed ad alterū adhuc pertinens præstatione sui consensus pure obligare censentur, nec pure obligare potient, *l. si fundus, §. aliena res, ff. de pignorib.*) utiq; nihil obstat, quo minus existente tacita conditione feudum ipsis obveniens oneri pignoris omnino sit obnoxium, *l. res, l. grege, §. si sub conditione, ff. de pignorib. l. potior, § 1. ff. qui potior. in pign.*

26 Nono † tenendum, etiamsi agnatus, cuius absq; consensu feudum permissione domini fuit obligatum, tam in hæreditate, quam in feudo successerit oppignoranti; nihilominus cessare jus pignoris, nec hypothecariā creditori competere, *l. rem alienam, ubi gl. Bartol. & reliqui Dd. ff. de pignor. act.* Quamvis enim loquatur ea de oppignoratione rei alienæ, quæ ab initio fuit invalida, quia tamen constat, oppignorationem feudi quantumvis legitime factam valere seu vires habere non posse, quam primum ad agnatum non consentientem feudum pertinere cœpit, *c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amitt. c. 1. §. hoc quoq., de success. feud.* quod evenire videtur eo ipso momento, quo decessit alter, *d. §. hoc quoq. c. 1. de success. fratr. c. 1. de fratrib. de novo benef. investit. Camerar. in repetit. c. imperialem, §. præterea ducatus, vers. & quo ad primum, pag. 768. & seqq. Hartm. Pistor. lib. 2. q. 6. num. 8. & 9.* adeoq; paria sunt, ipso jure quid fuisse invalidum; & ab initio quidem valuisse, sed postea valere desijsse, *l. ex hoc judicio, §. penultim. ff. de alien. judic. mut. c. 1. §. si aliquis, apud quem vel quos, Bolognet. consil. 12. numer. 29.* fortiter hoc etiam casu Pauli responsum procedere videtur. Quod si rationem illius responsi spectes, ideo pignus non confirmatur sive convalescit per aditionem a domino factam, quia licet ipse per eam obligetur, *l. more, ff. de a quirend. hæredit.* non tamen eo ipso rem suam oppignorare, sive ratum habere censetur, quod in sive super ea re defunctus fecit, *Bartol. in d. l. rem alienam, num. 14. ibid. Bald. num. 1. Castr. num. 4. Bartol. in l. cum vir, num. 14. ubi Castrens. num. 8. Joan. de Imol. num. 16. vers. item adverte, ff. de usucap. Francisc. Balduin. de pignorib. c. 12. vers. pot sig. sane:* Hoc enim ultra textum *d. l. rem alienam, & l. ut t. m. C. de evictio*n etiam inde patet, quod is, cuius res ab altero vendita fuit, venditori hæres existens, neutiquam intelligitur adeundo hæreditatem firmasse suo consensu traditionem a defuncto factam, quandoquidem non perdit rei suæ per defunctum emtori traditæ dominium, cum possit pro ea rei vendicationem intentare, licet opposita doli exceptione summoveri queat, *l. Seia, ff. de evictio. l. cum à matre, C. de rei vendicatio. l. venditrices, C. de reb. alien. non alien.* Ut autem pignus valeat, requiritur, ut rem dominus obligaverit, aut oppignorationem ab alio factam ratificaverit, *l. aliena, in princip. ff. de pignorib. act. l. si fundus, §. 1. ff. de pignorib.* Horum quia neutrum ante vel per subsequentem aditionem fuit in proposito factum ab agnato, ad quem vasallo moriente utile feudi dominium ipso jure transijt, liquido patet, non minus post, quam ante aditionem jus pignoris cessare, seu viribus esse destitutum. Cæterum quia hæres defuncti factum etiam in re sua approbare præstareque tenetur, *l. cum à matre, C. de rei vendicat. l. si ab eo, C. de liberali causs.* creditori competit utilis pignoratitia contraria, qua potest eum cogere ad confirmandum pignus, prout confirmaretur & convalesceret, si oppignorante adhuc vivo propter amissum feudum valere desijsset, ac postea feudum fuisset ab ipso oppi-

gnorante recuperatum, l. si Titio, ubi Bartol. & Salicet. ff. de pignorib. Salicet. in l. rem alienam, num. 2. ff. de pignor. act. Francisc. Balduin. de pignorib. d. c. 12. versic. sed probabiliter. Francisc. Connan. lib. 4. comment. juris civil. c. 3. num. 9. Hugo Donell. de pignorib. c. 7. versic. nec dices. VVesenbec. in parat. ff. de pignorib. act. numer. 5. idq; interpretibus communius placuisse testatur Gabr. Mudaus de pignorib. l. 1. num. 16. etsi dissentiat ipse, prout etiam Fulgos. in d. l. si Titio, paulo post princip. & in d. l. rem alienam, numer. 12. Alciat. lib. 7. parerg. c. 14. Duaren. lib. 2. anniversar. disputat. c. 14. Cujac. lib. 19. observ. c. 26. Hotom. lib. 6. observat. c. 15. Vultei. lib. scholastic. discept. c. 17. Inventarij tamen beneficio relevabitur, ne cogatur oppignorationem, quippe sibi præjudicialem damnosamq; suo confirmare consensu, tum præsertim, cum hæreditas non est solvendo, l. ult. § & si præfatam, ubi not. per Dd. & in §. in computatione, C. de jure delib. & patet ex his, quæ post interpretes, quos allegat, in terminis fortioribus, videlicet alienationis revocandæ, tradit Hart. Pist. lib. 2. q. 9. n. 24. 28. & seqq. Quæ vero de agnato diximus, multo magis in domino locum habent, quando cum feudo sibi aperto suscipit hereditatem eius, qui feudum sine ipsius permissione obligavit, siquidem tali casu ne quidem in oppignoratis vita valuit oppignoratio, proinde nec per domini aditionem ea convalescere, nec dominus inventario confecto ultra vires hæreditarias teneri, velut feudum pignori supponat, urgeri potest, per prædicta.

27 Decimo † sciendum, quando domini pariter & agnatorum consensu feudum fuit obligatum, non esse dubium, quin hærede non existente vel adeunte cum beneficio inventarij, & deficientibus defuncti bonis allodialibus feudi successor satisfacere teneatur creditori, cui feudum fuit oppignoratum, l. grege, § & in superficiarys, l. si fundus, 16. §. in vendicatione, ff. de pign. juncta auth. hoc si debitor, C. d. t. alioqui posset ad instantiam creditoris hypothecaria contra eum agentis non solum in fructus feudi, sed & in ipsum utile dominium feudi executio fieri, feudumq; sine novo consensu domini subhastari vel insolutum creditori adjudicari, per ea quæ post Andr. de Isern. & Afflict. ad constit. Neapol. lib. 1. rub. 97. incip. si quis post litem, n. 23. luculenter & erudite tradunt Camer. in repet. c. imperialem, concl. septima de assensu, cap. 5. de prob. feud. alie. per Frid. Hartm. Pist. lib. 1. q. 15. n. 39. usq. ad 68. Quid † vero si bona de- 28
functus allodialia reliquerit, unde creditoribus ipsius hypothecam in feudo habentibus hæres cum inventarij beneficio adiens pro parte vel in totum satisfacere possit? Et cum sit jure communi manifestum, non prius esse conveniendum possessorē pignoris, quam si creditor à defuncto vel ipsius herede solutionem consequi nequeat, § sed neq. ad res, in auth. de fidejuss. auth. sed hodie, C. de action. & oblig. auth. hoc si debitor, C. de pign. rectissime videtur hinc inferri, feudi quoq; rite oppignorati successorem excussionis exceptione tutum esse, nec posse compelli ad solvendum, nisi excusso principaliter obligato, & quatenus allodialia defuncti bona solutioni non sufficiunt, ut præ cæteris tenent Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 1. gloss. 9. n. 36. & §. 30. n. 142. Schrad. de feud. p. 7. c. 7. n. 42. Vultei. de feud. lib. 1. c. 10. vers. an idem. Probatur primò per regulam c. 1. an agnat. cui non immerito standum casu nostro, cum ab ea jure feudorum non reperiatur exceptus, & jus commune successorem oppignoratæ rei solvere tum demum compellat, cum principalis aut hæres eius non est solvendo, d. §. sed neq. ad res, in auth. de fidejuss. Secundò, quia feudum successores consequuntur non à defuncto vel ipsius beneficio, nec ab illo caussam habere dignoscuntur, Ripa inter consilia Bruni feudalia, consil. 8. num. 29. Hartm. Pist. lib. 2. q. 6. num. 9. sed agnati quidem succedunt ex investitura pactoq; primi acquirentis, Ripa & Pistor. loc. rel. Toming. decis. 27. num. 21. 22. late Camerar. in repetit. d. c. imperialem,

§. præ

§. *præterea ducatus*, *verſ. & quo ad primum*, *p. 768. & ſeqq.* ad dominum autem ob commiſſam à Vaſallo felonium vel deficientem ipſius maſculam ſobolem id revertitur, *toto tit. quib. mod. feud. amitt. c. 1. de feudo marchiæ cum concor.* Proinde cum ſit extra controverſiam, eos qui titulo non lucratiuo rem oppignoratam à debitore conſequuntur, non niſi in ſubſidium teneri, quando principalis non eſt ſolvendo, longe minus feudi ſucceſſores ad ſolutionem debiti, quod ex hæreditate ſolvi poteſt, compelli poterunt vel debebunt. Quinimo cum is etiam, qui lucratiuo titulo legati vel fideicommiſsi rem defuncti adipiſcitur, debitum pro quo fuit oppignorata, ſolvere minime teneatur, *l. ſi res obligata, ff. de legat. 1. l. qui poſt, C. de legat. cum ſimil.* quanto minus feudi ſucceſſor, qui nihil a defuncto conſequitur, quęve defunctus onerare minime potuit, teneri poterit ad ſolutionem debiti, cui ſolvendo ſufficit hæreditas. Tertiò, quia certi juris eſt, conſenſum regulari a contractu, cui adhibetur, & aſſumere naturam rei, ſuper qua interponitur, ut ex Camer. & alijs antea notavimus. Eſt autem hæc oppignorationis natura, ut etiamſi obligata res non ſit debitoris, vel eius aut hæredis eſſe deſinat, nihilominus ipſe & hæres ipſius remaneat principaliter obligatus, *l. diſtractis*, *l. debitorem*, *l. perſecutione*, *C. de pignor.* & poſſeſſor pignoris minime compellatur ſolvere, cum principalis eſt ſolvendo, *d. §. ſed neq; heres.* Quare conſenſus à ſucceſſore feudi oppignorationi adhibitus non efficiet, ut ſolvere cogatur debitum, quod ex hæreditate defuncti debitoris ſolvi poteſt: Prout etiam ſatis evidenter patet ex *l. Lucius Titius, 38. ff. mand.* ubi dominus obligationi rei ſuæ pro debito alterius conſenſerat, nihilominus hæres debitoris tenetur ſolvere debitum, pro quo res fuerat obligata: imo quandoque dominus eum vrgere poteſt, ut ſolvendo liberet rem pignori nexam. Quartò, quia conſenſus ſucceſſorum feudi non alia de cauſſa requiritur & adhibetur, quam ut oppignoratio valere, adeoq; vires habere tum quoq; poſsit, cum feudum ad ipſos pertinere cœperit, *c. 1. in princ. de alien. feudi pater. c. imperialem*, *de prohib. feudi alien. per Frider.* Hunc autem finem vel effectum liquenter aſſequitur, dum jus pignoris & hypothecaria durant etiā poſtquam feudum ad ſucceſſores eſt deuolutum: Non igitur præter hunc finem illud etiam operari debebit aut poterit, ut ſuccedentis in oppignorato feudo cōditio durior ſit, quam cœterorum pignora poſsidentium, quoniam conſenſus ad vnum effectum præſtitus non debet alium operari. *l. inter officium, ff. de rei vend. & c. cum ſimil. ſupra al. c. 3.* Quintò: Si ſucceſſorum conſenſus hęredem defuncti à ſolutione debiti, pro quo feudum fuit obligatum, relevaret, adeoq; ſolvendi neceſsitatem ab hoc ad illos transferret, procul dubio quam maxime repugnaret illud intentioni ſive menti & voluntati ſucceſſorum feudi, quippe qui pignoris conſtitutioni, non etiam liberationi ſive relevationi hæredum debitoris præſertim locupletis conſenſum accommodarunt: At non poteſt actus agentium intentionem egredi, *l. ſi ego, l. non omnis, ff. ſi cert. pet. l. multum intereſt, C. ſi quis alteri vel ſibi.* & limitata cauſſa non niſi limitatum effectum producere valet, *l. cancellauerat, ff. de his quæ in teſtam. delen. l. in agris, ff. de acquir. rer. dom. l. agè, ubi Bald. num. 3. & reliqui Dd. C. de tranſact.* & voluntas ſive mens conſentientium inprimis eſt attendenda, *l. in conuentionib. ff. de verb. ſignif. cum ſimil.* nec ſubeſſe cenſetur conſenſus in his, quæ limites actus excedunt, *l. 1. §. Iulianus, ibi Bartol. ff. de itin. actuq. priuat. Crauet. conſil. 962. n. 4. vol. 5.* Sextò, quia plurimum inter ſeſe differunt, obligari & conſentire, *l. aliud, ubi gloſ. & Dd. ff. de regul. jur. Afflict. & per eum allegat. in c. 1. num. 13. qui ſucc. feud. da tenean.* nec ſimplex conſenſus aliorum contractui adhibitus obligationem inducere ſolet perſonalem, *Camerar. in repet. c. imperialem,*

perialem, in princ. p. 353. vers. quia tunc, & p. 410. vers. nam certum. Hartman. Pistor. lib. 2 q. 48. num. 29. Schrad. de feud. p. 8. c. 4. num. 7. Cum igitur successores oppignorationi feudi consentientes nec ipsi sese ad solutionem debiti personaliter obligarint, nec personas ipsorum defunctus obligare potuerit, *l. 3 ne uxor pro marit.* sed hæredem solummodo suum reliquerit obligatum, *l. ult. C. de heredit. action.* consequitur, hæredem de bonis hæreditarijs teneri satisfacere, non autem successorem feudi obligari. Septimò: Quia jus competens feudi successoribus, ne oppignoratio valeat in ipsorum præjudicium, & jus competens successoribus rei oppignoratæ, ut in scilicet in subsidium demum solvere teneantur cœteris bonis hæreditarijs solutioni debiti, pro quo res fuerat obligata, minime sufficientibus, sunt invicem longe diversa, nec alterum cum altero quicquam commune habet, multo minus alterum ex altero sequitur aut colligi potest: Proinde licet feudi successores oppignorationi consentiendo renúcient juri quod habebant, ne scilicet oppignoratio valeret in ipsorum præjudicium, non tamen ea propter censeri possunt eo ipso simul renunciasse alteri juri, quod successoribus oppignoratæ rei competit, *arg. l. ult. ff. de calumniat. cum similib.* cum habenti plura jura, si consentiat in vno, nihilominus alterum remaneat saluum, si non sit connexum ei, quod remisit, *Andr. de Isern. in c. 1. & ibid. Afflict. n. 6. qui succ. feud. dare ten. Hartm. Pist. lib. 2. q. 27. nu. 43.* & in actu quolibet ea semper interpretatio capienda sit, ut jus alterius, quo ad eius fieri posit, minime lædatur, *c. cum dilectus, c. ad audientiam, de cleric. non residen. gl. & Dd. in c. caussam quæ, de rescript. & in l. ult. §. in computatione, C. de jure deliber. Crauet. consil. 33. num. 24. li. 1.* ac renunciatio, præserrim ex accessorio consensu dependēs, sit stricti juris, ut in ea non veniant, nisi quæ verbis palàm sunt expressa, *l. tres fratres, ibi glos. ff. de pact. l. emtor, §. Lucius, ff. d. t. l. qui cum tutorib. §. ult. ff. de transact. Calder. cons. 5. in fi. t. de prebend. Dect. cons. 352. n. 7. cons. 379. n. 3. cons. 419. n. 9. cons. 452. n. 22. & cumulata per Cagnol. in l. ult. nu. 105. C. de pact.* nec actus voluntarij extendātur ad id, quod de necessitate non includunt, *l. fin. C. ne uxor pro marit. Bart. in l. Titium & Manium, §. altero, ad fin. ff. de admin. tut. Zas. consil. 5. num. 106. lib. 1.* Octauo, si hæres foret immunis à solvendis debitis, pro quibus feudum fuit oppignoratum, longe melior ipsius esset conditio, quam defuncti, cui solvendi necessitas præcisa incubuit, non quia feudum habuit, sed quia debitum contraxit, eoq; licet feudum possidere desijsset, nihilominus eum solvere oportuisset, *l. distractis, C. de pignorib. cum concord.* At jus nostrum neutiquam admittit, ut hæredis, qui defuncti personam sustinet, atq; repręsentat, *auth. de jurejur. à morte. præst. in princ.* conditio sit melior, quam defuncti, *l. aliud, §. absurdum, l. in his quæ officium, §. non debeo melioris, ff. de regul. jur.* siquidem hæredem oportet eiusdem potestatis esse jurisq;, cuius defunctus fuit, *l. heredem, ff. de reg. jur.* vsq; adeo, ut quod ipsi contrahenti obstat, multo magis eius hæredi obsiet, *l. quod ipsis, ff. de regul. jur.* nec plus commodi quisquam hæredi suo relinquat, quam quod ipse habuit, *l. nemo plus commodi, ff. d. t. fac. l. nemo plus juris, ff. eod. cum simil.* Nonò: Quia nihil ex hæreditate defuncti lucrari potest hæres, nisi deducto ære alieno quid supersit, *l. ultim. §. etsi præfatam, C. de jure delibet. §. 1. instit. de heredit. qual. & differ. l. venisse, ff. de verbor. significat. cum simil.* siquidem bona cuiusq; intelliguntur ea demum, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum, §. bona, ff. de verbor. signifi.* Proindè cum sub ære alieno per defunctum relicto id quoque debitum contineatur, pro quo feudum fuit oppignoratum, oportebit hæredem bona defuncti consequentem hoc etiam debitum solvere. Decimò: Si feudi successor oppignorationi consentiendo tantopere sibi

ſibi præjudicaret, út póſt obitum debitoris ipſe teneretur agnoſcere debitum, ac ſolvere tum quoq; cum hæreditas eſt ſolvendo, ſequeretur, eum conſenſiſſe animo donandi, *l. Lucius Titius, 38. ff. mandati.* At hic præſumi non poteſt animus donandi, cum in gratiam creditoris ac debitoris plus facis alioqui de jure ſuo remittat, dum conſentiendo efficit, ut pignus tum quoq; ſit valiturum, ſeu vires habiturum, cum feudum ad ipſum erit devolutum: & conſtet, quamvis aliam potius in dubio, quam donationis cauſſam eſſe præſumendam, *l. cum de indebito, ff. de probat. Dec. in l. poſtquam liti, num. 16. C. de pact. & conſil. 352. numer. 8. Hieron. Gabr. conſil. 112. num. 5. Menoch. conſil. 46. numer. 9. lib. 1.* Vnde conſentientem alienationi vel oppignorationi rei, in qua jus habet, non cenſeri donare, ubicunq; aliam capere licet conjecturam, tradit poſt alios *Crauet. conſil 449. n. 3. vol. 3.*

29 Contrarium † tamen, nempe debitum, pro quo feudum conſenſu domini & agnatorum fuit obligatum, à feudi ſucceſſore ſolvendum eſſe, licet hæreditas defuncti ſolvendo ſit, amplectuntur *Modeſt. Piſtor. conſil. 5. q. 3. num. 23. & clarius num. 26. volum. 1. Ambroſ. Sobner. de hæredit. quæ ab int. defer. t. 20. de debitis oppignoratiſue in hæreditate, verſic. ſecus ſi feudum, & verſ. hoc tamen limitatur, Teuber. q. 44.* & ita Scabinos Lipſenſes olim etiam pro-
1 nunciaſſe, apparet ex ſententia extante poſt *Speculat. Saxon. ſub tit.* was zu gerade / Morgengabe / Mußtheil vnnd Erbe gehöret / *§.* zu Mußtheil gehöret / *verſic.* außgezogen die Schuld / etc. Moventur, quia jus pignoris eſt onus reale feudo cohærens, *l. diſtractis, l. pignoris, C. de pignorib.* & hæredes non tenentur liberare feudum ab oneribus, quæ feudo à lege vel conſenſu agnatorum ſunt impoſita, *argum. c. 1. §. è contrario, verſic. deteriorem vero, de inveſtit. de re alien. fact.* cum quælibet res tranſeat cum onere ſive cauſſa ſua, *l. via, §. ſi fundus, ff. de ſervitut. ruſt. l. & poſt, §. res quæ, ff. famil. herciſc. l. alienatio, ff. de contrahen. emtor.* & qui habet rem, vel ſentit commodum rei, eum oporteat etiam ſubire onus rei annexum, *l. ſecundum naturam, ff. de regul. jur. c. qui ſentit, d. t. in 6.* & eiuſmodi jura & onera realia ſucceſſorem ſingularem ſequantur, *l. qui in jus, ibi Dec. ff. d. t.* Accedit textus juris Sax. *lib. 1.* Landrecht / *artic. 24. in fin.* quo cavetur, ut ſi quid ad ſponſalitiam largitatem vel ad vtenſilia pertinens in vita eius, de cuius bonis agitur, oppignoratum fuerit, is id, ſi voluerit, redimat, cui de jure debetur. Quamvis enim de feudis ille textus non loquatur, quia tamen utenſilia bona, quæ mortuo marito ad vxorem ſuperſtitem devolvuntur, jure Saxonico feudalibus videntur æquiparari, dum illa non magis quam hæc hæreditario jure deferuntur, adeoque maritus de illis in præjudicium vxoris diſponere nequit, *Hartman. Piſtor. lib. 1. quaeſt. 31.* merito diſpoſitum de utenſilibus ab vxore oppignorationi conſentiente redimendis trahitur etiam ad feudalia, cum etiam in correctorijs extenſioni ſit locus, ubi æquiparatio facta inter aliqua invenitur, *gloſſ. in l. quod vero contra, ff. de legib. gloſſ. Bartol. & Dd. in l. ſi quis ſervo, C. de furt. cum alijs per Crauet. relatis in l. 1. numer. 109. ff. de legat. 1.* Quod ſi hæredes à creditoribus conventi ſolverunt, nihilominus æquitati naturali & juſtitiæ videtur conſentaneum, ut competat eis condictio, qua poſsint à ſucceſſoribus feudi repetere pecuniam creditoribus ſolutam, cum feudum ab onere hypothecæ, quod ei revera fuit annexum, cuiuſve nomine ſucceſſores ipſi à creditoribus actione in rem conveniri potuiſſent, pecuniæ, quam petunt, ſolutione liberaverint, eorumque negotium utiliter geſſerint: Quiſquis enim rem vel pecuniam meam ſine cauſſa habet, aut lucri vel commodi quid ex re mea ſine cauſſa percipit, mihi condictione tenetur, quamvis nullum inter nos negotium ea de re contractum fuerit,

l. si eum servum, l. cum fundus, §. servum, l. si me & Titium, ubi Dd. ff. si cert. petit. Toming. decis. 27. nu. 37. Teuber. d. q. 44. num. 12.

30 Verum † hæc, meo judicio, tanti non sunt, ut propterea sit à priore sententia juri communi undiquaq; consentanea recedendum, nisi quibus in locis aliud peculiari vel constitutione, ut in electoratu Saxonico, *p. 2. constit. 46.* vel consuetudine inductum fuit. Quod enim dicitur, hæredes non teneri liberare feudum ab oneribus ei a lege vel consensu agnatorum impositis, admitti quidem potest, sic tamen, ut minime procedat, quoties oneris impositi natura diversum suadet, siquidem propterea, quod feudo fuit impositum, necesse non est, ut conditionem suæ naturæ contrariam induat sive recipiat, nisi tacite vel nominatim hoc in impositione fuisset actum, *c. 1. de feudo non hab. propr. feudi nat. juncto c. 1. §. rursus, quib. mod. feud. amit.* At hypothecæ sive pignoris eam constat esse naturam, ut possessor eius non compellatur solvere debitum, nisi quando principalis non est solvendo, nec in eius impositione quicquam amplius actum intelligitur, quam ut in subsidium demum agi possit contra possessorem, *§. sed neq; hæres, in auth. de fidejuss.* Proinde hæredes debitum, pro quo feudum fuit oppignoratum, solvere tenebuntur, non feudi successores, vel eo magis; cum id ipsum ultra naturam pignoris etiam genuina feudi natura suadeat, *c. 1. an agnat.* Sic etiam verum est, onus reale sequi successorem singularem, & rem cum onere suo transire: sed onus, postquam cum re transijt ad alterum, nihilominus retinet naturam à jure sibi attributam: Unde nemo dubitat, quin successor singularis, ad quem res allodialis cum onere pignoris annexo transit, *l. distractus, l. debitorem, C. de pignor.* sit excussionis exceptione tutus, cum principalis est solvendo, *auth. hoc si debitor, C. de pignor.* Cur igitur in successore feudi rite oppignorati ratione diversitatis non subsistente aliud statueremus, *l. 3. §. 1. ff. de injusto rupt. & irrit. fac. test. l. à Titio, ff. de verb. obligat.* Regula vero *d. l. secundum naturam, & d. c. qui sentit*, multo minus officit, tum, quia subit sive sustinet onus eo ipso, quod ob feudum pignori nexum tenetur in subsidium, siquidem pignus est onus eiusmodi, quod successorem rei obligatæ non onerat, nisi quando principalis non est solvendo: tum, quia feudum non à debitore, qui obligavit illud, sed ex pacto primi acquirentis, & investitura maiorum, aut vigore dominij directi consequitur successor: proinde vel hac de caussa non nisi in defectu bonorum defuncti allodialium feudum onere pignoris liberare tenebitur: tum, quod ex debito, pro quo feudum fuit obligatum, nihil omnino commodi sentit successor, cum non fuerit ad utilitatem feudi contractum sive conversum, hæres autem emolumentum inde longe maximum sentit, quia nisi debitor aliunde pecuniam accepisset, tantundem de suis bonis allodialibus (quandoquidem feudum sine domini & agnatorum consensu distrahi sive alienari nequit) fuisset consumturus: quo fit, ut hæredi commodum istius debiti sentienti, non autem successori feudi lucrum inde nullum percipienti solvendi onus incumbere debeat, secundum regulam *d. l. secund. natur. & d. c. qui sentit.*
Textus † autem *d. art. 24. in fin.* ad feuda 31
trahi vix potest, tum, quia de feudis eo loci nec actum, nec quicquam determinatum fuit, proinde quid in hisce sit statuendum, censeri debet relictum dispositioni juris communis, *l. si extraneus, ubi Bartol. ff. de condict. caussa dat. l. commodissime, ff. de liber. & post. Dd. in l. si cum dotem, in princ. ubi Alexan. n. 14. ff. solut. matrim. Paris. consil. 59. n. 20. lib. 3. Cephal. consil. 323. n. 28. lib. 3. Hieron. Gabriel. consil. 154. nu. 24.* Sunt enim statuta stricti juris, *Grammat. decis. 92. num. 3. Natta consil. 11. n. 13. to. 1.* tantumque solummodo disponunt, quantum loquuntur, *Bald. in l.*

testa-

testamentum non ideo, in fi. C. de testam. & in l. si furiosi, C. de nupt. Ias. consil. 205. lib. 2. Cephal. d. consil. 323. nu. 40. lib. 3. Menoch. consil. 187. num. 49. vol. 2. Tum,
quia maxima diversitatis ratio sub-
est inter bona vtensilia & feudalia,
cum vtensilia vel omnia vel aliqua
maritus pecunia sua comparavit, &
sic vxor ea beneficio factoq; mariti
defuncti mediante consequatur, in-
super etiam præter geradam alia
plura, puta, mußtheil / morgengab/
ex bonis defuncti adipiscatur titulo
lucrativo, Landrecht *lib. 1. art. 22. & 24.* quæ forte caussa fuit, vt eodem
jure ipsa vicisse oneraretur in alio,
dum scilicet non minus quam cæ-
teri ex allodialibus defuncti bonis
quidpiam consequentes, redimere
tenetur, quæ ex bonis ad eam de-
volutis quantumvis vtensilibus à ma-
rito vivente fuerunt oppignorata,
dummodo vtensilium oppignoratio
fuerit ipsius consensu facta, *ut post Fachsium & Modestin Pistor. prædit. Hart. Pist. lib. 1. p. 31. num. 28.* At feudum
beneficio vel facto defuncti succes-
sor minime consequitur, sed vt id ad
defunctū ex pacto primi acquirentis,
dominiq; concessione pervenit, sic
post ipsius obitum ex eadem caussa
devolvitur ad agnatos, aut deficien-
tibus his, qui fuerunt investitura cō-
præhensi, aperitur domino, nec feu-
di successor quicquam ex defuncti
bonis allodialibus consequitur, nisi
ut hæres, eo saltem excepto, quod a-
gnatus proximus consequitur res ex-
peditorias, defuncti, quæ si confe-
rantur cum cæteris bonis hæredita-
riis, aut his quæ vxori post mariti o-
bitum obveniunt, perexigui aut nul-
lius pene sunt momenti. Constat
autem, statuta non esse extendenda,
Deman. post alios consil. 46. n. 17. & seqq. vol. 2. præsertim ad ea, in quibus mi-
nor sive non tanta subest ratio, *l. lege Julia, §. hoc capite, ff. de ritu nuptiar. Cravet. consil. 176. nu. 2. vol. 1.* Tum,
quia *d. art. 24. in fi.* dum hæredem li-
berat ab onere luendi rem oppigno-
ratam, juri communi derogat, sive
corrigit illud, *l. 1. C. de jure dot. l. qui post, C. de legat. auth. hoc si debitor, C. de pignor.* At in correctoriis sive juri
communi derogantibus licita non est
extensio de re ad rem, sive casu
ad casum, *Dd. in l. omnes populi, ff. de just. & jur. & in l. ult. & auth. quas actiones, C. de sacrosanc. eccles. Alexan. in l. Gallus, § & quid si tantum, n. 13. ff. de liber. & post. Rol. à Valle de invent. hæred. p. 5. §. sive q. 4. num. 15.* etiamsi ratio
subsit eadem, *Ioan. de Imol. post alios in l. si vero, §. de viro, num. 13. ff. solut. matrim.* multoq; magis vbi de ratio-
ne statuti correctorij nondum con-
stat, vel ambigitur, an sit omnino
eadē in vno ratio, quæ est in altero,
Salicet. in l. 2. C. de noxal. act. Alex. cons. 207. lib. 6. Cravet. consil. 67. num. 6. & cons. 173. num. 23. vol. 1. Ac licet in aliqui-
bus convenire videantur vtensilia
cum feudalibus, tamen cum in ple-
risque maxime discrepent, sitque sa-
tis evidens quo ad propositum inter
ea diversitatis ratio, ab illis ad hæc
fieri nequit extensio, cum ne quidē
in his, quæ per legem vel statum æ-
quiparantur, licita sit extensio, nisi
æquiparatio facta sit simpliciter &
vniversaliter quoad omnia, vel cer-
te in ijsdem omnino terminis, in qui-
bus fieri debet extensio, *Alexan. in l. Gallus, §. & quid si tantum, numer. 13. ff. de liber. & post. Matthesil. in tract. extensionum, col. 2. Jas. in auth. novissima, numero 38. C. de inoffic. testam. Socin. consi. 275. lib. 2. Cravet. cons. 205. nu. 42. vol. 2. consil. 625. nu. 9. vers. secundo respondetur, vol. 4.* Et quidem
textu *d. art. 24. circa fin.* non obstante
secundum sententiam hactenus de-
fensam etiam in ijs locis, vbi jus
Saxonicum alioqui viget, fuisse pro-
nunciatum scio. Nec † vero hære- 32
dib. debitum, pro quo feudum rite
oppignoratum, solventibus aliqua
condicti, multoq; minus actio nego-
tiorum gestorū competere potest cō-
tra feudi successorem, cū ipsi commo-
dū illius debiti senserint, tamq; prin-
cipaliter, quam defunctus ipse, cuius
personā repræsētat, obligati fuerint;
proinde

proinde quicquid solverunt, omne
pro sese principaliter solverint, nec
tam alienum, quam proprium gesse-
rint negotium: Quod enim ex solu-
tione feudum ab onere pignoris li-
beratum fuit, non magis condictio-
nem eis contra feudi successorem,
quam solutio debitoris fidejussorem
liberans illi contra hunc actionem
parere potest, cum fidejussores & pi-
gnorum possessores non per sese,
sed propter principalem proque
ipsius debito teneantur, eoq; nihil
magis rationi juris & æquitati natu-
rali repugnet, quam principaliter
obligatos atque debiti commodum
sentientes ab his qui propter ipsos
accessorie tenebantur, nec emolu-
mentum ex debito perceperunt, re-
petere solutum. Huc igitur mini-
me quadrat, quod in *d. l. si eam ser-
vum, & in l. si me & Titium, Dd.* no-
tant, cum pecuniam solutam feudi
successor haud consequatur, & com-
modum quidem, quatenus per eam
feudum a nexu pignoris liberatur, se-
cundario saltem & in consequenti
am ex ea sentiat, sed non sine caus-
sa, quia consensit oppignorationi,
non animo donandi, sive ut ipse
debitum solveret, etiamsi principa-
liter obligati solvendo sint, sed ut
creditori cautum esset in omnem e-
ventum, si forte postea principaliter
obligati non solvendo sint, *§. ult. in-
stit. quib. mod. re contrah. oblig. §. sed
neq. ad res, in auth. de successor.*
3 Ultimo† notandum, creditorem
si sit in possessione feudi sibi cum
domini & agnatorum consensu op-
pignorati, dimittere illud, sive suc-
cessori feudi cedere possessione mi-
nime teneri, nisi prius ei solutione
aut aliter satisfactum fuerit, *l. si rem,
9. §. omnis, ff. de pignor. act. l. item libe-
ratur, in fi. ff. quib. mod. pign. vel hyp.
solu. l. creditor, C. de pignor. Schrad. de
feud. p. 7. c. 7. num. 42.* Non enim de-
bito nondum soluto successorem,
ut ab obligato feudo recedat, coge-
re potest eo sub prætextu, quod
succedens in re oppignorata solvere
non teneatur, nisi principaliter ob-
ligatus non sit solvendo, cum bene-
ficium *auth. hoc si debitor, C. de pigno-
ribus* non sit inductum contra credi-
tores pignora possidentes sive deti-
nentes, *Molin. ad consuet. Paris. t. 1.
§. 1. gl. 9. num. 36.* sed his demum suc-
cessoribus tributum, qui res oppi-
gnoratas possident sive detinent
absq; vitio, cum detentionem non
injustam ex parte eius, qui isthoc uti
vult beneficio, nominatim præsup-
ponat & requirat *tex. d. §. sed neq. ad
res, & d. auth. hoc si debitor: auth. sed
hodie, C. de action. & obligat. Anton.
Fab. de error. pragmat. dec. 4. err. 6. ma-
xime versic. quanquam.* Sed† ne quidem 34
contra hæredem defuncti debitoris
agere potest feudi successor, ut so-
lutione debiti liberet feudum, nisi
certis in casibus arbitrio judicis re-
lictis, de quibus habetur *in l. Lucius
Titius, 38. ubi post glos. Bart. bald. & re-
liqui, ff. mandat. nec non in l. si proca, C.
d. t. & in c. ult. de fideiussor. & utrobiq;
Dd.* Si† tamen ipse feudi a credito- 35
re consequendi gratia debitum sol-
veret, poterit solutum repetere ab
hærede, *l. res obligatas, C. de pignorib.
Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 11. nu. 22.
Schrad. d. c. 7. num. 42.* non modo per
actionem creditori competentem,
quam solventi cedere tenetur, *l. mu-
lier, ff. qui pot. in pign. l. fideiussoribus
l. cum quis & reum, ff. de fideiussor. l. Mo-
destin. ff. de solution. Molin. ad consuet.
Paris. t. 1. §. 30. numero 102.* verum etjam
actione mandati, quando rogatus
sive invitatus a debitore consensit
oppignorationi, *l. 1. in princ. vers. item
sive, l. Lucius Titius, ff. mand.* aut ne-
gotiorum gestorum, quando sine
mandato sua sponte consensit, *l. ex
mandato, ff. mandat. l. cum pecuniam, ff.
de negot. gest. l. 3. C. d. t. glos. in l. res ob-
ligatas, ubi post alios Donell. num. 3. C.
de pignor. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §.
11. num. 22.* Etsi namque solutio si-
bi quoq; profuerit ad consequendũ
feudum, adeoq; nec soluturus fue-
rit, si feudum aliter consequi potu-
isset, non tamen id repetitioni quic-
quam

quam officit, *l. ait prætor, §. hac actione, ff. de negot. gest. l. 3. C. d. t* quia non suo, nec feudi, quippe duntaxat accessorie obligati, sed hæredis principaliter obligati nomine solvit, prout etiam ea solutione principaliter fuit liberatus hæres, cuius ob debitum pignori fuit obnoxium feudum, & à creditore detentum: Proinde cum debitum integrum pro ipso principaliter obligato fuerit utiliter solutum, merito feudi successor adversus eum habet actionem mandati vel negotiorum gestorum ad id recuperandum, quod ubi eo nomine abest, *l. 2. l. cum pecuniam, l. qua utiliter, in princip. ff. de negot. gest. l. idemq; §. fidejussores, l. heredem, l. si mandavero, §. interdum, ff. mandati.*
36 Quibus † porro consequens est, feudi successorem tum quoq; ab hærede principaliter obligato repetere posse pecuniam creditori solutam, cum in feudi possessione constitutus maluit solvere, quam excussionis exceptionem opponere, *jur. pracit.* aut ea sese tueri nequivit, id quod potissimum evenire solet, cum renunciauit beneficio *d. authentica, hoc si debitor*, aut una cum alijs est hæres debitoris, *secundum gloss. in l. mulier, ubi Bartol. & Salicet. ff. qui potior. in pignor. Bened. Ct. de Plumbin. de discussionib. num. 15. vers. & vide. Anton. Neguzan. de pignor. p. 8. memb. 1. num. 16. per d. l. mulier, l. 3. §. hæres, ff. commod. l. 1. & 2. C. si unus ex plurib. hæredib.* Alios casus recenset *Neguzant. d. p. 8. mem. 1. n. 17. usq; ad 33.* qui videatur.

EXERCITATIO QVARTA.

De litis contestatione in caussis appellationum ab interlocutoria minime necessaria.

SVMMARIA.

1. *Adducuntur interpretes & fundamenta pro parte affirmatiua.*
2. *Contraria sententia communis & verior defenditur.*
3. *Respondetur fundamentis aduersæ partis.*
4. *Sententia communis procedit, siue pars altera per contumaciam absit, siue sit utraq; præsens.*
5. *Et obtinet, etiamsi lis in priore instantia non fuerit contestata.*
6. *Procedit etiam in appellatione habente vim definitiuæ.*
7. *In Camera Imperiali litis contestatio requiritur etiam in caussis appellationum ab interlocutoria.*
8. *Tutius & commodius est, utraq; parte præsente litis contestationem fieri.*



Controuersi juris est articulus, utrū in appellationis causa requiratur litis contestatio? Cuius difficultatē augere videtur partim interpretū variæ rum dissensiones tum distinctiones, partim etiā quod una cōmuni respōsione determinari vix potest. Plurimū namq; refert, ab interlocutoria sit appellatū, an a definitiua sententia, contra præsentem procedatur, an absentē. Quocirca vitandæ confusionis gratia vestigijs interpretum insistens prius quid in caussa appellationis ab interlocutoria sit juris explicabo, postea quid in appellatione a definitiua tenendum sit, ostensurus. Quo ad † primū, non desunt, qui in judicio appellationis ab interlocutoria litis contestationem esse necessariā statuant, *Joan. Andrea in c. Raynaldus, de testam. Bartol. in l. eius qui, num. 7. ff. de appellat. recipien. Sequitur addit. ad 1. decis. Rot. 1. de lit. cont. in novis.* Huius etiam sententiæ videtur esse *gloss. in c. interposita, §. ult. verb. lite non contest. de appellat. & in d. c. Raynaldus, verb. lite contest.* 1

Mo-

Moventur ea ratione, quod caussa appellationis ab interlocutoria sit novus articulus, à caussa principali, quæ vertitur in prima instantia, seseparatus: eoque cum regulariter in omnibus causis necessaria sit litis contestatio, *toto tit. & maxime in c. vlt. vbi ordinarie Dd. ac præ cæteris Marian. Socin. numero 7. & 8. ut lite non contest. facit Clem. dispendiosam, de judic. Clem. sæpe, de verb. signif. Marian. Socin. in c. unic. num. 7. de litis contest. Joan. Bapt. Villalob. lib. commun. opin. verbo, litis contestatio, num. 124. & 128. Joan. Bologne. in repet. l. naturaliter, §. nihil commune, parte 2. num. 413. ff. de acquir. possess.* desiderabitur in illa non minus, quam in caussa principali litis contestatio. Regulæ namque juris in dubio standum, quando casus nec manifesto juris textu, nec evidenti ratione docetur exceptus, *c. ad decimas, de restit. spoliat. in 6. gl. & Dd. in l. omnis definitio, ff. de regul. jur. Bartol. in l. quoties ff. si quis caution. in judic. sist. Baldus in l. si tutor nu. 5. C. de servo pignori dato manum Jason in l. dedi, §. 1. numer. 4. ff. de condic. caus. dat. Felin. in c. quoniam frequenter in princ. ut lite non cont. Dec. in l. 1. num. 5. & seqq. ff. de regulis juris Maranta de ordine judic. p. 3. nu. 116. Cravetta consil 77. numer. 4. vol. 1. plures alleg.* vel eo maxime, cum alioqui textus juris suppetant, è quibus vniversaliter colligi videtur, esse in caussa appellationis etiam litis contestationem necessariam, partibus præsertim præsentibus, *l. unic. C. ne liceat in una eademq. caussa ter provoc. c. dudum, 54. de elec. c. Raynald. de testam. c. 2. ubi Joa. And. de juram. calum. in 6.* Cui secundo loco pro confirmatione addi potest, quod judicanti omninoconstare debeat, etiam in judicio appellationis, quæ sit inter litigantes controversia, *c. dudum, 22. de elect. c. cum Ioannes, vers. verum, de fide instrument. cum simil.* Verum eo fine desideratur litis contestatio, vt per eam judici de statu caussæ liqueat, *l. ult. C. si per vim vel alio mod. c. per tuas, de appell. Conrad. Lagus in method. juris de judiciis, 1. de litis cont. Petrus Gregorius in syntagm. juris, lib. 48. c. 6. num. 10.* Igitur judicio appellationis ab interlocutoria litis contestatio interveniat, necesse est. Tertiò planum id quoque super disceptatione sive negotio, de quo lata fuit interlocutoria, litem in prima instantia non contestari, quippe cum in eo saltem super negotio principali, litis contestatio interponatur, *l. vlt. C. de exception. c. cum dilectus, de ordine cognit. l. unic. ubi Bald. num. 2. C. de litis cont. gl. in c. unic. ubi Abb. num. 9. de litis cont. & ibid. Marian. Socin. ad rub. num. 1. Gl. 2. in c. quoniam frequenter, in princ. ubi post alios Panorm. numer. 4. Socin. nu. 64. 65. ut lite non cont. Alexan. in l. properandum, num. 5. C. de judic. Maranta de ordine judicior. p. 6. de litis cont. nu. 3.* Negari vero non potest, vbi non est in priore instantia super negotio postmodum in judicium appellationis deducto lis contestata, omnimodo necessariam esse litis contestationem in secunda instantia, *per tex. in c. per tuas, à contrario sensu, ubi post gloss. & alios Decius num. 1. 3. 4. de appellat.* & videtur esse de mente interpretum asserentium, regulariter non esse litis contestationem necessariam in judicio appellationis, si sit in priore instantia lis contestata, *Gall. lib. 1. observat. 76. num. 1. & 5.* Accedit insuper quartò, quia disceptatio sive negotium, de quo lata fuit interlocutoria, quantumuis incidens modo vel emergens fuerit in prima instantia, tamen in judicium appellationis sive secundam instantiam non amplius incidenter deduci videtur, sed principaliter & per se, cum nil de caussa principali agatur in judicio appellationis, sed modo super disceptatione prædicta controvertatur, *c. super eo quod, c. ut debitus, ubi Dd. c. cum speciali, §. excessu, c. interposita, §. ult. ubi tex. præ cæteris clarus, de appellat. Panorm. d. c. interposita in princ. nu. 1. & 3.* Id vero, cuius gratia quidpiam suscipitur, vt judicium appellationis

tionis gratia negotij, super quo lata fuit interlocutoria, rectius discutiendi, principale dici constat, si non simpliciter, & omnium respectu, saltem quo ad id, quod ipsius caussa suscipitur agendum, *l. principaliter de statu, l. principaliter caussam, ubi Bald. C. de liberali causs. Bartol. in l. ambitiosis, numer. 19. ff. de decretis ab ord. fac. & in l. un. numer. 5. ubi Bald. num. 37. & 38. C. de novo Codic. Iustin. refert Iason in l. si quis nec caussam, numer. 25. ff. si cert. petit.* Atqui super eo, quod principaliter & per se deducitur in judicium, lis est omnino contestanda, *c. unic. de litis contestat. l. unic. C. d. t. c. dudum, 54. de elect. cum similib. ubiq. Dd.* Quintò succedit vulgata regula, non posse ad sententiam definitiuam procedi lite nondum contestata, *c. quoniam frequenter, ubi ordinarie Dd. & toto tit. ut lite non contest.* At in judicio appellationis ab interlocutoria exigitur sententia definitiua, si non principalis negotij, saltem processus appellatorij, siue caussæ in appellatione disceptatæ, *ut asserit Baldus in c. per tuas, de appellat. & patet ex not. per gl. in l. si jusjuran. ubi Bald. & cæteri, C. de reb. credit. & jurejur. Felin. ad rubr. num. 2. de re judic. Gailius lib. 1. obseruat. 129. numer. 2.* vel eo magis, cum, ut modo dictum, id super quo lata fuit interlocutoria, porrecta principaliter petitione in appellationis judicium deducatur: & quotiescunq; principaliter proceditur super aliquo articulo, porrecta super eo principaliter petitione, sententia eius est definitiua, licet aliàs esset interlocutória, si per modum incidentis deduceretur, *Bart. in l. 1. §. ult. n. 3. ubi Ioan. de Imol. num. 6. ff. de prætor. stipulat. Felin. ad d. rubr. num. 2.* Proinde judicium appellationis ab interlocutoria, sine litis contestationis interventu determinari minime poterit. Tandem comprobari videtur textu *d. c. interposita, §. ult. de appellat.* quo dum Pontifex asserit, adversa parte sese contumaciter absentante posse in caussa appellationis ab interlocutoria lite nō contestata procedi, colligitur, parte adversa non absente, sed comparente, procedi non posse lite non contestata, ducto argumento à contrario sensu, quod est in jure firmum, frequens & utile, *ut post alios plurib. ostenait Euerhar. in Top. loc. a contr. sensu, num. 1. & 2. & Ioan. Bolognet. ad l. 1. num. 57. & sequentib. ff. de offic. eius, cui mand. Parisius consil. 39. numer. 16. vol. 1.*

Contrârium † tamen, videlicet non esse in judicio appellationis ab interlocutoria litis contestationem necessariam, amplectuntur *Bald. in d. c. per tuas, ubi Ioan. de Imol. Philipp. Franc. Panormit. num. 3. Decius, num. 2. Anton. de Butr. in d. c. quoniam frequenter, in princip. ubi Marian. Socin. num. 66. ut lite non contestat. Panormitan. in c. Raynald. numer. 27. & ibid. Conarr. §. 2. num. 1. dicens, Dd. unanimi consensu hoc ipsum tradere, idq; ab* omnibus *esse* receptum, *de testament. Bald. in auth. hoc sacramentum, num. 4. C. de jurejur. propter calum. dan. & in auth. si omnes, C. si minor ab haredit. idemq; sensisse videtur Alexand. in addit. ad Bartol. in l. eius qui, numer. 7. ff. de appellat. recip. Rota decis. 1. t. de litis contestat. in nouis, Brederodius in tractat. de appellatio. p. 2. t. 30. sub rubr. an necessaria sit litis contest. versic. verum hac in re, dicens ab* omnibus *esse* receptum, *& sub rubr. an libellus & litis contest. requiratur in processu appellatorio.* Quæ sententia videtur etiam verior, primò quidem per text. *d. c. interposita, §. ultim.* quem de appellatione ab interlocutoria, siue, quod in idem recidit, gravamine, non definitiuâ tractare, ut rectè Dd. ibidem intelligunt, vel inde constat, quod Pontifex appellationem illam fieri propter grauamen asserit, cum appellatio a definitiua fiat non ob simplex grauamen, sed propter injustam principalis controversiæ determinationem, quippe quam in melius reformari petit appellans, *l. 1. ubi not. per Dd. ff. de appellatio.* tum etiam, quia meminit Pontifex negotij principalis, super quo nondum in priore instantia litis contestatio fa- 2

cta fuerit, ac per consequens nondum lata definitiua, *toto tit. ut lite non contest.* Iam verò præcitatus textus claris verbis asserit, procedi posse, non facta litis contestatione. Deinde ne quis hoc in casu absentiæ modo, quem proponit ibi Pontifex, intelligat, ratio plane generalis illic assignata reperitur, quia non merita caussæ discutiuntur in hoc judicio appellationis ab interlocutoria, sed principaliter iniquitas prioris judicis arguitur, ut proinde ob evitandam caussæ perplexitatem, quæ facile resultaret, non sit rigor juris, hoc est, solennis processus requirendus, cum lites quoad eius fieri potest, celeriter finiendæ sint, *l. properandum, C. de judic. c. finem litib. de dolo & contum. cum similib.* Certi autem juris, quod ubi ratio legis aut canonis est amplior sive generalior dicto seu disposito, extendi secundum illam generalitatem rationis ipsam quoq; legis sive canonis quantumvis specialis dispositionem, *text. ad hoc not. in l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. regula, § ultim. ff. de juris & facti ignor. l. oratio, ff. de sponsalib. l. lex Iulia, ff. de fundo dota. l. 2. §. quid si curatores, & §. quid si decesserint, ff. ad Tertull. Lud. Roman. consil. 16. numer. 4. Ruin. consil. 90. numer. 5. lib. 1. Gozad. consil. 1. numer. 16. Cephal. consil. 477. numer. 6. plures allegans, Cravetta consil. 664. num. 26. volum. 4. consil. 806. numer. 16. volum. 5. luculenter post alios Euerhar. in loc. à ratione legis large, numer. 1. & seqq.* Hinc ubi est eadem ratio, licet de vno tantum fuerit in textu facta mentio, tamen id factum censetur exempli saltem gratia, non restrictive, *Alexand. consil. 89. numer. 12. volum. 6. Late Cravett. consil. 183. numer. 3. volum. 1. consil. 700. numer. 7. volum. 4. Tiraquell. in tract. cessante caussa, parte 1. num. 149. & sequentib. Borgninus Caualcanus de tutore & curat. numer. 95.* Tertiò vel hinc evincitur, non exigi litis contestationem in judicio appellationis ab interlocutoria, quia nec illa necessaria fuit in priore instantia super disceptatione per interlocutoriam terminata, cum solummodo desideretur super ipso negotio principali, ut paulo ante notatum, imo sit quodammodo monstrosum, plures in eodem judicio litis contestationes fieri, *secundum Hostiens. in c. prudentiam, §. sexta, de offic. delegat. Alexand. in l. properandum, numer. 5. C. de judic. Marian. Socin. in d. c. quoniam frequenter, numer. 64. ut lite non contestat.* Appellationis autem judicium sequitur & imitatur naturam judicij principalis sive prioris instantiæ, cuius id accessorium esse depræhenditur, cujusve loco veluti surrogatur, ut quæ in principali judicio constituta jure nostro reperiuntur, ea ubi regulariter in appellationis etiam judicio locum vendicent, *text. in l. 1. in fin. ff. an per alium caussæ appell. per quem hoc ipsum post Baldum notat Ioan. de Imol. in l. 1. §. libello, numer. 18. ff. de appellatio. & in l. accusatore, §. ad crimen, numer. 14. versic. nec obst. etiamsi dicatur, ff. de public. judic. Angel. in l. 1. ff. eum qui appellaverit in provinc. defend. Marian. Socin. in c. veniens, numer. 28. 29. de accusatio. Decius in d. c. per tuas, numer. 4. allegans Oldradum consil. 12. Berous consil. 44. numer. 24. volum. 3. Parisius consil. 8. nu. 14. volum. 1. Ioan. Baptista Cephal. consil. 708. numer. 28. volum. 5 Brederod. d. p. 2. l. 30. sub rubr. an necessaria sit litis contestatio, vers. & adde unum. Vincent. de Franchis p. 3. decis. 520. num. 1.* Quarto cum disceptatio, super qua judex interlocutus fuit, in priore instantia, quando primum ventilata fuit, decidi sine litis contestatione per sententiam judicis interlocutoriam potuerit, *c. cum dilectus, de ordine cognitio. Dd. in c. prudentiam, §. sexta, de offic. delegat.* certe multo magis jure decidi lite non contestata poterit, in appellatione ab interlocutoria, quippe quæ non ex novis caussis novisque probationibus, sed ex prioribus, & eisdem actis justificari debet, *Clem. appellanti, de appellat. Bartol. in l. eius qui, numer. 8. ff. de appellat. recip. Bald. in l. arbitro, num. 9. ff. qui satisd. cogn. Bald. in l. per hanc, n. 17. & cæteri Dd. C. de tempor. appellat. Lud.*

Roma.

Roman. consil. 41. numer. 1. late Marant. de ordine judic. p. 6. tit. de appellat. numer. 147. usq. ad 160. Gaill. lib. 1. obseruat. 120. numer. 3. Quid quod appellatio ab interlocutoria incidenter occurrat, *Dec. in d. c. per tuas, numer. 2.* quippe latâ non super caussa principali, sed aliquo incidenti vel emergenti demum interlocutoria, *gloss. not. in Clem. 1. verb. definitiua, de sequestr. possess. & fruct. Panormit. ad rubr. num. 6. de sentent. & re judic. num 6. Jason ad rub. num. 3. ff. de re judic. Maranta d. p. 6. t. de sententia, numer. 2. & 3. Gaill. lib. 1. obseruat. 129. numer. 2.* Vnde appellatio ab interlocutoria censetur quoddam incidens vel emergens, *secundum Panormit. in d. c. per tuas, num. 4.* At super incidentibus vel emergentibus proceditur lite non contestata, *gl. in d. c. quoniam frequenter, in princip. ubi Panorm. num. 4. & cæteri ut lite non contest. Bald. in auth. sed etsi, num. 13. C. de testib. & in l. si de hæreditate, num. 5. C. de ordine cogn. ti. Vantius de nullit. tit. quot & quibus modis null. t. num. 27. plures allegans*, nec in exceptionibus est litis contestatio necessaria, *c. cum dilectus, de ordine cognit. c. 1. & 2. de litis contest. in 6. c. prudentiam, §. sexta, ubi post antiquiores Panormit.* communem dicens, *pluribusq. comprobans, numer. 7. Felin. num. 15. asserens communiorem; Decius numer. 6. de offic. delegati. Specul. t. de litis contest. §. quando autem, in princip. Bald. in l. si de hæredit. num. 3. C. de ordin. cognit. Rota decis. 1. t. de litis contestat. in nov. Decisio cap. lle Tholos. 110. ubi Stephanus Aufrer. dicens* communiter *moderniores ita tenere Panormit. in d. c. per tuas, numer. 5. Dd. in d. c. quoniam frequent. in princip. ubi præ cæteris Marian. Socin. num. 64. ut lite non contest. Philipp. Franc. post alios in d. c. interposita, §. ultim. ubi Dec. numer. 2.* communem *perhibet de appellatio. Alexand. in l. properandum, numer. 5. C. de judic. Couarr. in c. Raynald. §. 2. numer. 1. de testament.* Quibus omnibus puto luculenter ostensum, in caussa appellationis ab interlocutoria litis contestationem non esse necessariam.

Nec † est, quod moveamur argumentis in contrarium prius adductis. Primum namq; non incommode soluit *Panorm. in d. c. per tuas, num. 4. de appellat.* Articulus quidem in judicium appellationis ab interlocutoria deductus quodammodo diversus à caussa principali: At hoc ipso perspicuum, non eum principaliter, sed ut incidentem vel emergentem in priore instantia super caussa principali disceptari, *per ea quæ not. Dd. in l. quod jussit, ubi Joan. de Imol. numer 2. Alexan. num. 4. & seqq. Zasius num. 11. & 12. ff. de re jud. gloss. & Dd. in c. 1. ubi Panorm. numer. 11. & 12. de ordine cognitio. Bald. in d. l. si de hæredit. num. 3. & 4.* Proinde nec alia ratione in secunda instantia, quæ primæ naturam conditionemue omnimodo redolet, ventilabitur, nisi quatenus est emergens vel incidens quoddam, negotiive principalis accessorium, quod sine litis contestatione determinari & posse & debere, adeoq; à regula *d. t. ut lite non cont.* exceptum esse, modo fuit ostensum. Deinde non inficiamur, litis contestatione judici de statu caussæ liquere. At potest finis idem haberi per quiddam æquipollens, quod eundem cum solenni litis contestatione effectum operetur, eandem vim habeat, etiam in ipsis caussis principalibus, quando in ijs proceditur de plano, sine strepitu & figura judicij, *Clem. sæpe, ubi not. per Dd. de v. rbor. signif. Bartol. in extrauag. ad reprimendum, verb. & figura, num. 10. quomodo in læsa maiestat. crim. proced. Bartol. in l. nulla, ubi Baldus, num. 3. & cæteri, C. de procurat. Dd. in c. quoniam frequen. ubi Panorm. num. 4. ut lite non contest. Maranta de ordine judic. p. 4. distinct. 9. num. 20. & d. p. 6. t. de litis contest. num. 2.* puta, per actum contradictorium, caussæ merita concernentem, sive continentem rei conventi responsionem, quæ fit ad qualem qualē petitionem sive intentionem actoris, ut colligere licet ex *l. rem non nouam, §. patroni, C. de judic. l. unic. C. de lit. cont. & sensere Dd. loc. rel. Anton. de Butr. in c. un.*

quem refert Panor. ibi n. 6. de lit. cont. ibidem Marian. Socin. n. 94. sub finem. tradit. & Cynus in l. properandum, ubi Castren. n. 6. Iás. n. 7. C. de judic. & *cæteri* communiter, *teste Gail. lib. 1. observ. 141. n. 1. vers. sed tempus Bald. in l. & post, nu. 2. ff. de judic. Joa. de Imo. in l. ab executore, §. ult. n. 9. ff. de appell. Afflict. decis. 140. n. 5. Laurent. Kirchovius lib. commun. opin. lit. L. versic. lis quo minus contestetur, ibi, & in caussis.* Quanto magis igitur in ijs, de quib. principaliter non est mota controversia, sed incidenter & secundario, caussæq; principalis gratia disceptantur, ut in appellatione ab interlocutoria, sufficiet qualiscunq; responsio appellati ad ipsam intentionem appellantis, ex qua constare possit, quæ sit inter litigantes super appellatione controversia. Ut taceam, judici appellationis suppetere acta prioris instantiæ, e quib. ei tanto facilius liquebit, rectene prior judex interlocutus fuerit: id quod in appellatione pronunciandum venit, *l. 1. ff. de appell. & cum simil.* Porro cum *d. c. pertinas,* de litis contestatione super negotio sive caussa principali loquatur, a contrario sensu interpretes non aliud inferre possunt, quam lite non contestata in priore instantia, super negotio principali judicem apellationis ad definitivam procedere minime posse, nisi litis contestatio interveniat: quod communi sententiæ, quam tuemur, nec quicquam refragatur. Ad limites namq; directi sensus argumentum contrarij sensus restringi debet, & extensum ultra sensum directum haud quicquam probat, *Aretin. in l. qui in potestate, ff. de testam. Decius in l. 1. num. 38. ff. de officio eius. Cast. consil. 101. lib. 2. Corn. consil. 49. & consil. 99. lib. 2. consil. 137. in fi. lib. 4. Crauet. consil. 203. numero 2. vol. 2. consil. 350. numero 3. vol. 3. & consil. 946. numer. 18. vol. 5.* Sane cum prius super eo negotio, quod judex interlocutoria terminare voluit, litis contestatione non fuerit opus, pari ratione nec fuerit necessaria in appellatione ab interlocutoria, quippe in qua non modo negotium tractatur idem, remanet eadem disceptatio, *c. tua nobis, de appellat. l. 1. & in rub. C. ne lit. in una eademq. causs. Rota decis. 2. numero 1. t. de procur. in novis, & decis. 1. numero 1. t. de litis contest. in novis, Alexan. in l. ita demum, numero 18. C. de procur. Marian. Socin. in c. fraternitatis, numero 28. ubi Felin. numero 1. de testibus Cephal. consil. 650. numero 25. vol. 5.* sed quæ judicium quoque prioris instantiæ imitatur, uti dictum. Iam vero negari posset, negotium, de quo lata fuit interlocutoria, principaliter in appellatione tractari: Quamvis enim in ea de illo saltem negotio, non de caussa principali agatur, tamen ut ipsum disceptatur, & interlocutoria fertur, non principaliter & per se, sed gratia principalis caussæ, ita nec appellatio ab interlocutoria, quæque subsequitur appellationem prosecutio, tandemque interlocutoriæ dijudicatio suscipitur alio fine, quam ut caussa principalis expediri queat, siquidem quæcunque vel priore vel posteriore instantia moventur, judicis interlocutione declarantur atque decernuntur, eatenus disceptantur, feruntur, quatenus ad caussam principalem faciunt, & ad eius instructionem pertinent, *l. qualem, ff. de recept. arb. gl. in §. ad excludendos, in auth. de litigios. quam notat Baldus in l. arbitro, numero 12. ff. qui satisd. cogan. & in l. post sententiam, numero 12. C. de sent. n. & interloc. singularem dicit Angel. in l. ex stipulatione, C. de senten. & interloc. & ad rub. ff. de re judic. ubi Ioan. de Imola & Alexan. numero 6. Iason. numero 2. Felin. ad rub. de sent. & re judic. num. 2. Zasius post alios in l. quod jussit, n. 9. ff. de re judic. Maranta d. p. 6. tit. de sententia, n. 2. & sequentib.* Quod si maxime demus, principaliter & per se negotium interlocutoriæ in appellationem esse deductum, tamen illud juris theorema, super deducto principaliter in judicium, litem esse contestandam, saltem in eo, quod in judicium primæ instan-

tiæ

tiæ principaliter deducitur, omnimodo procedet, prout etiam cum allegata pro eo jura, tum Dd. ita loquuntur & sentiunt, cum in judicio primæ instantiæ noviter & primum disceptatio moveri consueverit: Secus in his, quæ cum incidenter, & ad instructionem caussæ principalis agitata fuissent, postea deducuntur in judicium appellationis, quippe cum in appellationis judicio nec ipsa principalis caussa disceptetur, nisi a definitiua fuerit appellatum, nec præcise semper judiciarius processus veniat observandus, *l. ultim. §. illud, ubi Dd. C. de temporib. appellat. c. per tuas, c. interposita, utrobiq. Dd. de appellatio. cum similib.* nec tanta cum solennitate pariter & concertatione caussæ in appellationis judicium deductæ merita discutiantur, ut in priore instantia, ubi prius illa pleraque satis luculenter disputata fuere: ut proinde cum in priore instantia litis contestatione non fuerit opus, multo minus existimandum sit, ea opus esse in secunda. Regulam *d. r. ut lite non contesta.* de sententia vere definitiva, quæ caussam principalem in prima instantia ventilatam definit, disponere constat, idque vel ipsum nomen satis indicat. Sententia verò terminans appellationem ab interlocutoria, licet secundum quid, nempe ratione & respectu processus appellatorij, quatenus eum definit, perhiberi definitiua queat, vere tamen definitiua non est, *ut post gloss. advertit Baldus in l. si jusjuran. C. de reb. credit. & in d. c. per tuas, Lanfrancus in c. quoniam contra, verbo, interlocutoria, & appellatio. numer. 45. de probatio.* uti nec cœteræ interlocutoriæ, quarum unaquæque definitiua, sed modo secundum quid, sive largo modo perhiberi potest, respectu scilicet eius articuli sive negotij, de quo lata est, quatenus id finit, *Baldus & Lanfranc. loc. relat. Felin. ad rubr. de senten. & re judic. numer. 2. Gaill. lib. 1. obseruat. 129. numer. 2.* Argumento autem â contrario sensu circa *d. c. interposita, §. ultim.* locum esse non posse, ostendit ratio à Pontifice assignata, quæ tam generalis est, ut non modo in eo casu, quem respicit ibi Pontifex, sed etiam in altero, quando utraq; pars est præsens, militat. Iam quoties in casu contrario non est contraria, sed eadem plane ratio, non à contrario sensu, sed à simili vel æquipollentibus argumentum ducitur, *ut per l. si extraneus, de condictio. ob causs. docet Baldus in l. apud antiquos, numer. 5. C. de furt. Felin. in c. significasti, num. 15. de foro competit. Euerhar. in loc. à contrario sensu, numer. 12.* vel potius à rationis paritate, quæ fortior est argumento à contrario sensu, *Alexand. in l. 1. numer. 9. ff. de offic. eius cui mand. Decius consil. 232. ad fin. Corneus consil. 173. lib. 1. consil. 22. consil. 80. in princip. lib. 2. consil. 150. in fin. lib. 4. Crauett. consil. 39. numer. 7. consil. 179. numer. 11. volum. 1. consil. 236. num. 13. volum. 2. consil. 460. num. 10. volum. 3.* Quid quod argumenta reliqua communi sententiæ comprobandæ subjecta evincunt, absurdum esse, si in appellatione ab interlocutoria, parte licet utraque præsente, litis contestatio necessaria statuatur: Absurditas autem inhibet collectionem à contrario sensu, *gloss. in l. conventicula, per text. ibid. ubi Dd. C. de episcop. & cleric. l. 2. C. de condit. insert. Bald. in l. qui testamento, §. mulier, num. 1. ubi Angel. Castrens. num. 4. Ioan. de Imol. num. 11. ff. de testament. Ioan. de Imol. in l. si vero, §. de viro, num. 17. ff. solut. matrim. Lud. Roman. consil. 392. numer. 24. & consil. 399. numer. 6. Euerhar. d. loc. num. 5. 6. 7. Ioan. Bolognet. post alios in l. 1. num. 83. ff. de offic. eius.* Hinc † patet extensio, vel potius declaratio sententiæ communis, ut procedat, non modo cum altera pars per contumaciam abest, sed vel maxime, quando est utraq; præsens: Ita sensere Dd. supra pro hac sententia relati: Nam hoc demum casu, prout refert etiam *Panormitan. in d. c. per tuas, numer. 4. & in c. sæpe contingit, num. 11. de appellatio.* dissensit post gloss. Ioannes Andr. à cœteris antea pro communi

muni citatis, qui perperam illius opinionem reijcerent, nisi parte utraque præsente litis contestationem non esse necessariam statuerent. De-
5 inde † pro extensione tenendum, etiamsi lis in priore instantia non fuerit contestata, nihilomagis litis contestationem in appellatione ab interlocutoria fore necessariam, *text. in d. c. interposita, §. ult. ubi Dd. & locis sup. relatis.* Cum enim negotium, super quo lata fuit interlocutoria, citra ullam litis contestationem in caussa principali, nedum in emergente vel incidente factam, potuerit in priore instantia per interlocutoriam expediri, utiq; sine ullius litis contestationis interventu sive adminiculo in appellationis etiam judicio recte determinabitur, *per l. 1. in fine, ff. an per alium caussa appellat. Ioan. de Imol. post alios in l. accusatore, num. 14. ff. de publici judic. & in l. 1. § libelli, num. 18. ff. de appellat. Angel. in l. 1. ff. cum qui appell. Marian. Socin. in c. veniens, num. 28. 29. de accusat.*
6 Tandem † procedere videtur isthæc conclusio, etiam in appellatione ab interlocutoria habente vim definitivæ: Quamvis enim congruat in plurimis cum appellatione à definitiua, *Dd. in c. pervenit, 28. & in c. ut debitus, de appellat. & latius prosequitur Maranta d. p. 6. t. de appellat. num. 129. & 145. & 159. & per eum allegat.* atq; adeo quantum ad hoc, ut appellari possit, interlocutoria vim definitiuæ habens reguletur secundum naturam definitiuæ, *ut post Perusin. in d. c. peruenit, nu. 5. & in d. c. ut debitus, num. 23. tradit Ioan. Bapt. Cephal. consil. 758. num. 1. volum. 5.* cum paria sint, sententiam esse definitiuam, vel habere vim definitiuæ, *secundum gloss. in c. ult. de elect. Bald. in l. minorib. num. 8. C. de his quib. ut indign. Gaill. lib. 1. obseru. 130. num. 5.* insuper interlocutoria tum vel maxime definitiuæ vim habere dicatur, quando per indirectum tangitur ac definitur articulus, qui ad definitiuam pertinet, *Zas. post alios in l. quod jussit, num. 28. ff. de re judic. Ioan. Bapt. Cephal. d. consil. 758. numer. 16. 17. plures allegat Gaill. d. obseru. 130. num. 6.* Quia tamen fundamenta pro communi adducta peræque militare videntur in appellatione ab interlocutoria definitiuæ vim habente, cum articulus isthac judicis interlocutione decisus non fuerit ipsum principale negotium, quippe quod per definitiuam solummodo deciditur, *l. qualem, ff. de recept. arbit. l. si ut proponis, C. quom. & quando judex, l. constitutio, C. de sentent. & interlocut. §. curare, ubi Dd. instit. de action. c. tenor, c. caussam quæ, de sentent. & re judic. cum similib. Dd. ad d. rub. de sent. & re judic. & ad rub. ff. de re judic. ubi præ cæteris Castrens. num. 2. Alexan. num. 7. & 8. Iason num. 3. gloss. fin. in l. qui restituere, ubi Baldus num. 4. & cæteri, ff. de rei vendic. Bartol. in l. 1. §. ult. num. 3. ubi Ioan. de Imol. num. 6. Castrens. num. 2. 3. ff. de prætor. stipulat. Maranta d. p. 6. t. de sententia, nu. 8.* utiq; in appellatione ab interlocutoria definitiuæ vim habente, partibus licet præsentibus, non magis erit necessaria litis contestatio, quam necessaria fuit super eadem disceptatione in priore instantia: Hactenus enim definitiuæ vim habet, quatenus in ea subest eadem, quæ in definitiua ratio: alioqui par eius cum cœteris interlocutorijs propter convenientiam rationis conditio naturaq;, *prout not. Dd. ad d. rub. & in d. l. quod jussit,* & quoties aliquo casu magis participat de interlocutoria, quam de definitiua, sicut in proposito evenit, regulatur ut interlocutoria; *ita post alios tradit Panorm. in d. c. peruenit, 28. num. 8. de appellationib.*

Pro limitatione tamen obseruandum primò: Quamvis in Ordinatione Cameræ *p. 3. t. 31. §.* vnnd so ferr/ disponatur, appellantem ab interlocutoria non habente vim definitiuæ, loco libelli appellationis oretenus aut in scriptis repetere debere instrumentum aut schedulam appellationis annexa petitione, ut pronuncietur, nulliter aut inique judicatum esse, bene appellatum: Vnde non absq; ratione quis colligere pos- 7

sit,

sit, etiam secundum Ordin. Cameræ non esse necessariam litis contestationem in caussis appellationum ab interlocutoria, cum Imperator illa dispositione non obscure denotasse videatur, in hisce caussis ordinarium judicij processum, quippe qui sine libello non consistit, *c. 1. ubi Dd. de libelli oblat. Ripa ad rubr. de judic. numer. 4.* non esse servandum, & consequenter nec litem contestandam, *per text. Clem. sæpe, de verbor. significat.* adeoq; regulariter ita comparatum videamus, ut ubi libellus non requiritur, ibi nec litis contestatio sit necessaria, *ut tradunt relati per Gail. lib. 1. obseru. 76. numer. 4.* insuper idem colligi posse videatur ex Ordinat. *p. 3. t. 32. §.* **wo aber**/ quo cum præcipiatur appellato, ut ad libellum appellationis respondeat, litemq; contestetur, à contrario sensu sequitur, ubi libellus appellationis non intervenit, ut in caussis appellationum ab interlocutoria, ibi nec appellatum teneri litem contestari: Deniq; suffragetur, quod Imperij constitutiones, quantum fieri potest, juri communi concordandæ sunt, *c. cum expediat, de election. in 6.* & in dubio sic interpretandæ, ne juri communi derogent, *c. cum dilectus, & ibi not. per Dd. de consuet.* adeoq; omnibus in casibus, de quibus Ordinatio non peculiariter & expresse disposuit, servandum esse jus commune, nominatim caveatur in Odin. *p. 3. t. 54. in princ.* Tamen vigore ordinationis Cameræ Imperialis, etiam in judicio appellationis ab interlocutoria simplici litis contestationem videri necessariã; id quod in Camera usq; adeo fuisse observatum, ut eâ per incuriam procuratorum omissa, facta in caussa appellationis conclusio rescissa & litis contestatio partibus nullitatis evitandæ gratia injuncta fuerit, refert *Gailius lib. 1. de observat. 76. numer. 2. suffragatur Mynsing. observ. 1. centuria. 1.* Nec immerito, cum Ord. *t. 32.* de caussis appellationum in genere disponat, nec inter appellationes ab interlocutoria & à definitiva distinguat, & lege non distinguente, nec nos distinguere debeamus, *l. 3. ibi gl. ff. de offic. præsid. l. prætor ait, §. prætor ait, ff. de novi oper. nunc. l. de pr[...]io, ubi Bart. & Dd. ff. de Public. in rem act.* Quinimo ut cætera, quæ *d. t. 32.* disponuntur, tam ad appellationes ab interlocutoria, quam ad appellationes a definitiva pertinere dignoscuntur, ita non est ambigendum, quin disposita in medio de litis contestatione, peræque ad illas etiam pertinere debeant, siquidem media declarantur ex antecedentibus & sequentibus, *l. 2. ff. de liber. & post. l. si servum plurimum, in fin. ff. de legat. 1. cum simil. Paris. consil. 109. numer. 37. volum. 3.* Ad de quod alioqui sequeretur, Imperatorem alto silentio præterijsse, quod æque disponendum fuerat, nempe quid in caussis appellationum ab interlocutoria post instrumenti sive schedulæ repetitionem loco libelli, annexamq; petitionem fieri debeat, quave ratione ulterius procedendum: quod eo minus est verisimile, cum videamus non modo *t. 31.* tam accurate constitutum, quid primo termino in caussis appellationum ab interlocutoria, & a definitiua fieri debeat, sed & toto *t. 32. & 33.* tam sollicite dispositum esse, quid in secundo, tertio, & sequentibus instantiæ secundæ terminis agendum sit. Nec obstat, quod Ordinatio in appellationibus ab interlocutoria simplici libellum solennem non requirit: cum, quia non statuit, sufficere qualem qualem petitionem, ut in summarijs, in quibus de plano, sine strepitu & figura judicij proceditur, *d. Clem. sæpe.* Sed libelli solennis loco surrogat schedulam sive instrumentum appellationis cum annexa petitione solennibus appellationis libellis inseri soluta, *Bartol. in l. 1. §. libelli, num. 13. & ibid. cæteri, de appellat.* ut perinde sit, ac si libellus solennis intervenire: Proinde isthoc de surrogato idem judicandum, quod de libello appellationis, ob regulam vulga-

vulgatam, surrogatum sapere naturam eius, cui surrogatur, *l. si eum, §. qui iniuriar. ubi not. per Dd. ff. si quis cautio. l. si donata, §. si sponsus, ff. de donat. inter vir. & ux.* tur... ...ia non alia de caussa libellum. pet... ...erem in prosecutione appellationis ab interlocutoria simplici non requirere videtur. Ord. quam quia non valet appellatio ab interlocutoria simplici, nisi caussa gravaminis in specie instrumento sive schedulæ appellationis inseratur, *c. ut debitus, de appellat. c. 1. de appellat. in 6.* uti nec justificari nisi ex ijsdem sive prioribus actis potest, *Clem. appellanti, de appellat.* Quo factum, ut Imp. non duxerit esse necessarium, caussam per appellantem judici dudum in appellationis instrumento vel schedula expositam, nec probatione nova sed actis è prioribus modo justificandam, denuo peculiari libello summarie comprehendere, nedum eam articulate proponere, sed sufficere statuerit, si petitio, quæ sola expositioni caussæ sive negotij deesse dignoscitur, repetito appellationis instrumento sive schedulæ superaddatur. Hæc autem ratio cum cessare videatur in litis contestatione, mirum non est, Ordinationem generaliter in caussis appellationum, & sic etiam in caussis appellationum ab interlocutoria simplici litis contestationem requirere. Nec valet argumentum à contrario sensu, quandoquidem absurdum inde sequeretur, appellatum nempe non teneri respondere ad repetitam appellationis caussam, subiectamque petitionem, principales alioqui libelli, cui surrogantur & æquiparantur, partes: Et Imperator brevitatis aucupandæ studio, neve cum tædio toties cum libello appellationis id, quod in appellationibus ab interlocutoria loco libelli surrogaverat, referre cogeretur, in d. §. wo aber cum seq. meminit libelli solius, ita quidem, ut quod de eo disposuit, idem de surrogato, quod etiam aliás eodem jure gaudere solet, dictum intelligi voluerit. Quod de concordandis juribus & vitanda derogatione afferebatur, in dubio saltem sibi locum vendicat, cum hic e diverso non obscure colligatur, ex generali dispositione d. §. wo aber/ adeoque totius *t. 32.* Imperatorem idem in appellationibus ab interlocutoria simplici, & à definitiva juris esse voluisse. Multo minus huc quadrat, quod in Ord. *t. 34. in princ.* disponitur cum caussę appellationum ab interlocutoria simplici, & si d. t. 32. non in specie, satis tamen in genere exprimantur, & pro specialiter expressis habeantur, quæ in genere continentur, *l. si quando, ff. de lega. 1. l. si chorus, ff. de lega. 3. cum similib. allegatis per Afflict. de. if. 44. num. 11.* adeoque generalis dispositio tantum operetur quod ad quamlibet speciem sub ea contentam, quantum operatur dispositio specialis quod ad speciem in ea expressam *l. si duo, ubi Bart. ff. de adminift. tut. l. Gallus, §. & melius, vers. & instituens, ff. de lib. & post. cum similib. allegatis per Tiraquell. in repet. l. si unquam, in præfat. num. 18. & de legibus connub. glos. 7. numer. 80.* Denique si maxime de sententia d. §. wo aber / adeoque totius t. 32. num æque de appellationibus ab interlocutoria intelligi debeat, ambigi potuisset, hodie tamen sublata videtur omnis dubitatio propter Imperij constitutionem anno 70. promulgatam, §. aber in appellation sachen/ vbi de caussis appellationum ab interlocutoria simplici disponitur, ut in eis observetur dispositio d. t. 32. adeoque nominatim iniungitur appellato, ut exceptionibus contra formalia vel devolutionem alijsve dilatorijs, si quas opponere velit, eventualem litis contestationem adiungat. Secundo: † Quamvis processus appellationis ab interlocutoria sine litis contestatione subsistere queat, tutius tamen, forsan etiam commodius fuerit, utraq; parte præsente litis contestationem fieri, *ut præ cæteris Panor. asserit in c. Raynaldus, n. 27. de testamentis.*

EXERCITATIO QVINTA.

De litis contestatione in caussis appellationum à definitiua.

SVMMARIA.

1. *Fundamenta negantium, in caussis appellationum à definitiua necessariam esse litis contestationem, recensentur, & ad ea respondetur.*
2. *Quatenus litis contestatio porrigat effectum sive extendatur ad secundam instantiã.*
3. *Appellatio quatenus caussam ad eum statum, in quo erat post litem contestatam, reducat.*
4. *Nova petitio non admittitur in caussa appellationis, & quomodo id procedat.*
5. *Altero litigantium contumaciter absente, in judicio appellationis etiam lite non contestata procedi potest ad definitiuam.*
6. *Idem juris, etiamsi pars utraq; sit præsens, altera tamen litis contestationem contumaciter detrectet.*
7. *Nec distinguitur, sive contumax sit appellans, sive appellatus.*
8. *Neutra parte appellationem prosequente procedere ad definitivam non licet.*
9. *Nec tum, quando in priore instantia lis non fuit contestata.*
10. *Omissa litis contestatione sententia definitiua est ipso jure nulla, ut ne quidem à partibus in vim sententiæ sustineri queat.*
11. *Consuetudo vel statutum, ut lite non contestata ad definitiuam procedi queat, valet.*
12. *In respicientibus ordinem judiciorum, sive modum procedendi in lite, attenduntur consuetudines & statuta loci, quo caussa ventilatur.*
13. *Actore contumaciter absente in judicio appellationis à definitiua, sine litis contestatione procedi potest ad sententiam: quisue sit actoris nomine intelligendus?*
14. *In judicio appellationis à definitiua procedi nequit ad sententiam lite non contestata, quando de meritis caussæ non liquet.*
15. *Quid jure Saxonico obtineat?*
16. *Utraq; parte præsente necessaria est litis contestatio in judicio appellationis à definitiua.*
17. *Parte altera citra contumaciam absente procedi nequit ad definitiuam lite nondum in appellationis judicio contestata.*
18. *In judicio appellationis à definitiua, partes tacite vel expresse remittere possunt litis contestationem.*
19. *Litis contestatio quatenus de substantia processus judicarij sit?*
20. *Quatenus remitti possint, quæ de substantia processus judiciarij sunt?*

SVccedit alterum, quãdo a sententia definitiua fuit appellatũ: quo 1 † casu nonnulli censuerunt, procedi posse indistincte citra litis contestationem, *Ioan. Andr. in c. Raynald. de testament. & add. ad 1. decis. Rot. t. de litis contestat. in nov. quibus accedere videtur Decius in c. per tuas, num. 3. de appellat.* ubi dicit, ne quidem ratione præsentiæ partium in caussa appellationis à definitiua litis contestationem requiri, & si fiat, ex abundanti factam videri, ut *in d. c. Raynaldus.* Huius opinionis hæc esse fundamenta possunt: Primo tex. *d. c per tuas,* ubi Pōtifex ait, judices in caussa appellationis procedere debere, negotiumq; sibi commissum definire, etiamsi lis contestata non fuerit. Ac licet Pontifici fuerit is casus oblatꝰ, quo lis propter contumacem adversæ partis absentiam contestari minime potuit, ratio tamen decidendi ab eo assignata peræque militat in altero casu, quando partibus præsentibus lis contestari potuit, eoq; Pontifex idẽ in eo sentit,

quod

quod in casu absentiæ, ut ne quidem adversa parte comparente litis contestatio sit necessaria, cum super eodem negotio principali fuerit antea in priore instantia lis contestata, *per ea, quæ ex Baldo in l. apud antiquos, num. 5. C. de furt. Everhar. in loc. à contrario sensu, num. 12. & aliis supra notavimus.* Verum si probe textum præcitatum ponderavelimus, animadvertemus, hanc per se solam ibi non esse decidendi rationem, quod lis antea super eodem negotio contestata fuerit: alioqui pari ratione sequeretur, cum libellus, juramentum calumniæ, atq; adeo totus processus judiciarius prius intervenerit, non amplius eorum quicquam in judicio appellationis à definitiva esse necessarium: quod est absurdum, cum sit contrarium expresse dispositum in *c. 2. de jurem. calum. in 6. & satis colligitur ex l. ult. §. illud, C. de temp. appellat. l. unic. C. ne liceat in una eademq; caussa utrobiq; Dd. d. c. per tuas, ubi post alios Panorm. nu. 3. 4. c. interposita, §. ult. de appell. Joa. de Jmol. in l. 1. §. libelli, num. 18. ff. de appell. Ferrar. in form. libelli appellat. in princ.* Nec Pontifex tantopere urgeret contumacem adversæ partis absentiam, quæ ad rem isto casu nihil omnino faceret: Sed propterea requirit, litis contestationem esse factam in priore instantia, quia sola adversarij contumacia, licet per eam stet, quo minus lis contestetur, non sufficit ad hoc, ut lite non contestata procedi queat, verùm insuper necesse est, litis contestationem super eodem negotio in priore instantia intervenisse, *Bald. in d. c. per tuas, per tex. ibid. ubi Decius ipsemet idem notat n. 1. vers. ultimo nota*, ut proinde non nisi duobus illis concurrentibus decisio *d. c. per tuas* locum habere queat, nec sufficiat litem in priore instantia esse contestatam, nisi postmodum in secunda instantia per adversarium contumaciter absentem stet, quo minus lis contestetur. Maxime facit huc vulgata regula, cum lex duo plurave copulative requirit, unum inter venire non sufficit, *l. si heredi plures, ff. de condit. instit. cum simil. Lud. Roma. consil. 166. num. 4. Paris. consil. 31. n. 129. lib. 1. Petrus Peckius in c. pluralis, de regul. jur. in 6.* Secundo: † Quia effectus factæ litis contestationis in prima instantia durat etiam in secunda, & ad caussam appellationis porrigitur & extenditur, *l. ita demum, C. de procur. d. c. per tuas, ubi Panorm. n. 1. Dec. in princ. Panorm. in c. exceptionem, num. 17. de exception. Bald. ad rub. C. de usur. & fruct. lega. num. 3. Dec. ad rub. nu. 7. de appell. Tradit etiam post alios Mynsing. cent. 1. observ. 1. Gaill. lib. 1. observ. 76. numero 1.* Sed ex hac theorica firmiter ita demum extruerent, litis contestatione non opus esse in secunda instantia, si prius ostenderent, eam sic intelligendam, quod litis contestatio facta in priore instantia tantum operetur atq; præstare valeat in secunda, quantum nova litis contestatio in judicio appellationis: Quod jure probari minime posse videtur: tum, quod *d. l. ita demum, d. c. per tuas*, aut si quæpiam similia jura pro ea firmanda ponderari vel adduci possunt, tantum illi contestationi litis effectum non tribuant, siquidem ex *d. l. ita demum* nihil aliud colligere licet, quam quæ incidentia vel emergentia propter litis contestationem jam factam non poterunt amplius in priore instantia circa negotium principale moveri, ea nec in secunda instantia moveri posse, *Bald. in d. l. ita demum, num. 1. & seqq. & cæteri, C. de procur.* quod propter idem negotium principale utrobiq; subsistens justissime decisum fuit, ne jus parti litis contestatione quæsitum sine facto eius interverteretur, contra *l. id quod nostrum, ff. de regulis juris l. 2. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* Ita *d. c. per tuas*, id modo statuitur, perinde in caussa appellationis altera partium contumaciter absente procedi posse ad definitivam, quando in priore instantia lis contestata fuit, ut procedi poterat in prima instantia post litem contestatam eadem contumaciter absente, 2

absente, nempe, quia propter litis contestationem super odem negotio priore instantia factam, de meritis caussæ plerumq; judici appellationis liquere potest, *d.c. per tuas.* Tum quod instantia secunda proinde quoq; processus eius, est revera diversus a priore instantia eiusq; processu, *Joa. de Jmol. in d. l. 1. §. libelli, num. 18. ff. de appellat. & luculenter apparet ex traditis per Marian. Socin. in c. fraternitatis, num. 28. ubi Felin. num. 1. de testibus. Alexan. in d. l. ita demum, numer. 18.* Peculiaris autem processus peculiarem desiderat litis contestationem, quippe quam in processu constat vsq; adeo requiri, vt ille regulariter sit invalidus, in quo ea non fuit facta, *c. unic. ubi gl. Bald. & cæteri Dd. maxime Socin. num. 7. dicens hanc fuisse originalem sententiam Azonis, qua* communiter *approbetur, de litis contest. c. dudum 54. ubi gl. & Dd. de elect. c. de caussis, juncta gl. verb. de consensu, de offic. deleg. c. 2. & maxime in c. quoniam frequenter ut lite non contest. l. 1. & auth. offeratur, C. de litis contest. Bart. & Dd. in l. prolatam, C. de sentent. & interloc. Dd. in l. ult. §. illud, C. de tempor. appell. Socin. Sen. consil. 69. numer. 2. vol. 1. & consil. 47. n. 1. 2. 3. vol. 4. Matth. de Afflict. decis. 283. num. 3. Maranta de ordine judicior. p. 6. t. de lit. cont. num. 1. Sebast. Vant. de nullit. tit. de nullit. ex defectu processus, num. 28. plures alleg. Joan. Bapt. Villalob. lib. comm. opin. ver. litis contestatio, num. 128. Laur. Kirchou. ver. lite non contestata. Minsing. cen. 3. observ. 74. Gaill. obs. 73. num. 1. lib. 1.* Facta igitur in priore instantia litis contestatio, cum non sit in alterius instantiæ processu adhibita, imo nec adhiberi potuerit, validitati eius opitulari minime potis erit. Tum, quod ex præcitata theorica eo, quo diximus, modo accepta sequeretur, nec libellum, nec cœtera, quæ in appellationis judicio litis contestationem præcedere consueverunt, esse in eo promovenda vel admittenda, cum sit sic præcipuus litis contestationis effectus, vt post eam illico devениatur ad probationes & disputationes de meritis caussæ, & hinc ad sententiam definitivam, vti liquet ex intuitu processus judiciarij, & *t. t. ut lite non contest.* Eius igitur non alius sensus, quam litis contestationem in priore instantia, per appellationem a definitiva non suspendi, nec quo ad effectum inhiberi, vt ipsam definitivam sententiam, sed firmam remanere quoque pridem induxit effectus, eosdem durare etiam post appellationem interpositam, atque adeo in ipso judicio appellationis, puta, exclusionem facultatis opponendarum exceptionum dilatoriarum ante litem contestatam competentium, interruptionem præscriptionis, perpetuationem actionis, & similes: Hoc evidenter probat tex. *d. l. ita demum, & sent unt Dd. ibid. Ludo. Roma. consil. 381. numero 2. Crauet. consil. 220. numero 6. vol. 2.* Imo cum per adversarij contumacem absentiam stat, quo minus lis contestetur super appellatione, vltra priores hunc novum in judicio appellationis lege ita disponente producit effectum, vt propter interventum eius in priore judicio, cuius alioqui propria est, procedi possit in judicio posteriore appellationis lite non contestata ad definitionem negotij controversi. *d. c. per tuas, & l. ult. §. illud, C. de tempor. appellat.* Tertio: † Quia 3 reducit appellatio caussam ad eum statum, in quo erat illico post litem contestatam, *per tex. d. l. ita demum, ubi Bart. Bald. &* communiter *Dd. iste. Maranta de ordin. judic. p. 4. dist. 6. nu. 16. Capicius decis. 28. n. 6. Lud. Roma. consil. 381. n. 2. Crauet. consi. 220. n. 6. vol. 2. cons. 335. nu. 9. vol. 3. Bolognet. in l. edita, numer. 90. C. de edend. Gaill. lib. 1. observat. 144. nu. 1.* cum suspendat appellatio sententiam, usq; dum caussa fine debito per appellationis judicem determinetur, *c. 1. c. cum inter, de re judic. c. venientes, de jurei. c. sæpe contingit, de appell. c. anteriorum, vers. orientalem autem 2. q. 6. l. præcipimus, §. hæc si appellatio, C. de appellat. l. ult. §. sin autem, C. de*

C. de tempor. appell. imo extinguat pronunciatum, saltem quoad præsentē caussæ statum, *l. 1. §. ult. ff. ad Turpilian. Panorm. in d. c. venientes, num. 6. Bald. ad rub. num. 2. C. de appellat. Angel. in l. tale pactum, §. qui provocavit, ff. de pact. Ioan. de Imol. ad rub. num. 5. ff. de appell. Decius ad rubr. de appellat. numero 6. 7. Afflict. decis. 188. num. 5. Cephal. consil. 551. nu. 10. & sequen. vol. 4. Corasius in l. servitutes ipso, §. internalla, nu. 5. ff. de servit. & esse* communem *opinionem testatur post Felin. ad d. rub. num. 1. de appell. & Villalob. lib. commun. opin. verb. appellatio, num. 112. Gaill. lib. 1. observ. 144. num. 2.* Unde videntur ea modo, quæ post litis contestationem fieri cosueverunt, in judicio appellationis necessaria, non ipsa litis contestatio. Sed expedita responsio: Reducit appellatio caussam ad pristinum statum, in quo erat post litem contestatam, quia jus idem appellanti tribuere dignoscitur, quod a tempore litis contestatæ usque ad sententiam habuit, *l. qui à latronib. §. ult. ubi Dd. ff. de testam. l. furti, in princ. ff. de his qui not. infa.* nec non ea in judicio appellationis proponi disceptarive permittit, quæ a tempore litis contestatę usque ad conclusionem sive sententiam fieri deducive potuissent, *c. cum Joan. de fide instrum. l. per hanc, C. de tempor. appellat. utrobiq. Dd. l. eos, §. siquid autem, C. de appellat. c. fraternitatis, ibid. Dd. de testib. cum similibus Panorm. in c. exceptionem, num. 17. de exception. Marant. d. p. 6. t. de appell. numer. 147. cum seqq. & ita sensere Dd. ante relati.* Non tamen appellatio reponit caussam in pristinum judicium sive priorem instantiam: quod quidem necesse foret, si non litis contestatio nova, eoque nec litis contestationem præcedentia, sed eæ modo processus judiciarij partes, quæ post litis contestationem usque ad sententiam in priore instantia intervenirunt, noviter post appellationem exigerentur: cum judicium nequeat esse validum, nisi in eodem litis contestatio, quæq; necessario præsupponit illa, facta fuerint, *per prædicta.* Nec vero subesse ratio videtur, cur magis quæ litis contestationem subsequuntur, in secunda instantia debeant esse necessaria, non item libellus litisque contestatio, quæ fundamenta judicij sunt, quibus innituntur, quæcunque in illa disceptantur instantia. *l. unic. cum auth. offeratur, ubi Dd. C. de litis cont. §. omnem, in auth. de litigios. gl. in c. unic. ubi Bald. num. 1. Socin. num. 7. & cæteri, de litis cont. Marant. d. p. 6. t. de lit. cont. num. 1. Gaill. lib. 1. observ. 75. num. 1. & plura pro hac sententia congerit observ. præcedenti 74. maxime num. 1.* Quarto: Quia nullum esset amplius privilegium caussæ appellationis, si non minus in ea, quā in prima instantia litis contestatione opus esset: cum tamen Imp. in *l. ultim. §. illud, C. de tempore appellat.* profiteatur, hoc esse speciale privilegium appellationis, ut lite non contestata possit ad definitivam procedi: quod ibi Dd. & in *d. c. per tuas,* singulariter etiam notant. Verum Imp. hoc saltem speciale privilegium appellationis esse docet, quod judex etiam ex una parte caussam dirimere, hoc est, altera parte contumaciter absente, quo de casu illic loquitur, ad definitivam procedere queat, dummodo in priore instantia lis contestata fuerit, *d. l. ult. §. illud. juncto d. c. per tuas.* Hoc est, quod utrobiq; latius tradunt interpretes. Quinto: Quia finis, quem superius notavimus, litis contestationis est, ut per eam constet, quæ sit in principali negotio inter litigantes controversia: Id vero lite semel ab initio contestata tam constat in secunda instantia, quam in prima: cum, ut aliquoties repetitum, utrobiq; subsit idem negotium principale, quando a definitiva fuit appellatum. Itaque supervacanea nova litis contestatio in secunda instantia. Sed si maxime constaret ex priore litis contestatione, quæ sit inter litigantes controversia in caussa appellationis, nihilominus nova opus esset

litis

litis contestatione, siquidem instantia secunda sive judicium appellationis, cum sit à priore diversum, non minus eam, quam cœteras judicij partes noviter exposcit, ut antea monstratum. Quod si diligentius advertamus, ne quidem ex priore litis contestatione omnino constabit, quæ sit inter litigantes controversia in judicio appellationis. Quamvis enim sit idem utrobiq; negotium, tamen in priore judicio simpliciter & directo super illo negotio disceptabatur, proinde litis contestatio illius judicij nihil aliud ostendit, quam quæ sit inter litigantes controversia super illo ipso negotio: id quod postea perpetuo ex actis liquido constare posse non inficiamur. At in judicio appellationis non simpliciter & directo super illo negotio disceptatur, (id enim satis in priore judicio ventilatum,) sed super sententia disceptatur, à qua fuit appellatum, consentanea sit juri, an contraria: sic ferenda sive concipienda fuerit, an aliter, *l. 1. ubi not. per Dd. ff. de appellat. Crauet. consil. 422. numer. 22. volum. 3.* Quæ quidem sententia, cum sit nihil aliud, quam determinatio controversiæ litigantium super caussa principali; *l. qualem, ff. de reception. arbit. l. 1. ff. de re judic. utrobiq; Dd. l. 3. C. de sentent. & interloc. t.t. C. sentent. rescin. cum similib.* recte propterea dicitur, eandem esse caussam sive idem negotium vtriusque judicij, *d. c. per tuas, c. tua nobis, de appellatio. & rubr. C. ne lic. in una eademq; causs. Joan. de Imol. in l. 1. §. libelli, nu. 18. ff. de appellatio. Alexand. post gl. in l. ita demum, num. 18. C. de procurat. Socin. in c. fraternitatis, num. 28. & Felin. num. 1. de testib.* Cum igitur liquido saltem constet, quæ fuerit controversia litigantium directo super ipso negotio in priore judicio, nondum vero plane pateat, quæ sit litigantium controversia super ipsa sententia, de qua in judicio appellationis directo disceptatur, utiq; nova litis contestatio in novo illo processu est necessaria: *Ita sensit gloss. in d. c. Raynald. verb. contestata, ubi post alios Conarr. §. 2. num. 1. de testament. Panorm. in d. c. per tuas, num. 5. Brederodius de appellat. p. 2. t. 30. sub rub. an necessaria sit litis contest. vers. glossa in verb. &c.* Sexto: † Quia nova petitio non admittitur, nec offerri potest 4
in caussa appellationis, *Anton. de Butr. in c. 2. de libell. oblat. Ias. in l. edita, num. 27. ubi Joan. Bologne. num. 90. C. de edendo. Lud. Roma. consil. 381. Cephal. consil. 680. num. 26. volum. 5. Crauetta consil. 273. num. 7. volum. 2. consil. 335. nu. 9. consil. 422. num. 22. volu. 3.* Cum judex appellationis loco primi judicis surrogetur, *Guid. Pap. dec. is. 237. & 436. vers. sexta conclus. Lud. Roman. d. consil. num. 2. Crauett. d. consil. 422. num. 22.* eoq; sicut primus non nisi super deductis atq; petitis in libello coram se producto judicare potest, *l. non potest videri, ff. de judic. l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edict. l. vlt. C. de fideic. libert. Crauett. consil. 271. num. 6. consil. 273. num. 7. vol. 2. & consil. 422. num. 22. & consil. 819. num. 17. volum. 5.* ita etiam judex appellationis non nisi super deductis atq; petitis in libello producto coram primo judice, pronunciare poterit, *Lud. Roman. & Crauett. loc. rel. Cephal. d. consil. 680. num. 23.* siquidem judex appellationis solum habet jurisdictionem, circa ea, quæ in prima instantia vertuntur, non in alijs, *Bald. in l. per hanc, num. 18. C. de tempor. appellat. Afflict. decis. 153. num. 3. Crauet. d. consil. 273. num. 7. vol. 2.* Vbi vero libello non est opus, ibi nec litis contestatio exigitur: ut communiter atq; pro regula tradunt *Dd. in c. quoniam frequenter; ut lite non contest. teste Mariano Socin. ibid. num. 27. Gall. lib. 1. obseru. 76. num. 4.* Verum præfati interpretes nova petitione sive libelli mutatione, quam arcent ab appellationis caussa, novi cuiusdam negotij priore judicio nullatenus disceptati deductionem in judicium appellationis designant, ut colligere licet ex ijsdem, maxime *Cephalo d. consil. n. 23. & seqq.* & recte quidē, cum in utroq; judicio subsit eadem caussa, idemq; negotium principale, ut sæpe dictum: Quamvis

autem libellus continens articulum nouum, sive caussam agendi à priore diversam, non sit admittendus, non tamen ea ratione libelli solennis interventus necessarius evertetur, cum possit, adeoque debeat super eadem caussa negotioque principali formari, sed ita, ut appareat, cur & quatenus lata sententia sit in melius reformanda: haec enim appellantis est intentio caussaque finalis, *l. 1. in princi. ubi Dd. ff. de appellat.* Proinde praecitati Dd. huiusmodi libellum ex appellationis caussa minime reijciunt, nisi quod Lud. Roma. *d. consil. 381. num. 2.* innuere videtur, libellum nouum in appellationis caussa non esse necessarium: qui tamen, hoc si sentit, perperam contradicit coeteris, quos ad ostendendam litis contestationis in processu Appellationis necessitatem paulo post referemus.

Reprobata igitur Ioannis And. Decijque sententia, potius cum coeteris interpretibus distinguendum fuerit circa judicium appellationis a de-
5 finitiua: Aut † enim eo de casu quaeritur, quando non est praesens utraque pars, sed alter litigantium contumaciter abest, ut cum eo litis contestatio in appellationis iudicio fieri nequeat: & constar, etiam lite non contestata procedi posse ad definitiuam, *text. est not. in l. ultim. §. illud, ubi post gl. Bartol. num. 2. Bald. num. 2. Angel. dicens id quoq. de jure digestorum per l. ultim. juncta gl. ff. ad Trebell. obtinuisse, Salicet. numer. 3. & Castrens. num. 3. C. de tempor. appellat. tex. in d. c. per tuas, ubi post gloss. & antiquiores Bald. numer. 1. Panorm. numer. 4. Ioan. de Imol. Philip. Franc. Decius numer. 4. de appellat. c. veniens, ubi gl. Bald. numer. 2. & caeteri, de renunciat. c. ex literis, ubi Innocent. de restitut. in integ. auth. ei qui, ubi post alios Castrens. numer. 6. C. de tempor. appellatio. gl. in c. Raynald. ubi Ioan. Andr. Panorm. num. 27. & Couarr. §. 2. in princip. de testament. Marian. Socin. in c. ultim. numer. 74. ut lite non contest. dicens* communiter *hoc Legistas tenere. Bartol. in l. eius qui, nu. 7. ff. de appellat. recip. Ioan. de Imol. in l. 1. num. 18. ff. de appell. Rot. decis. 1. 2. de litis contest. in nouis. Lanfranc. in c. quoniam contra, verbo, interlocutoria & appellat. n. 140. de probat. & in Clem. saepe, verb. libellus, n. 11. de verbor. signif. Ripa in l. naturaliter, §. nihil commune, num. 180. ff. de acquir. possess.* Quamvis enim nondum plane pateat, quae sit litigantium controversia super ipsa sententia, à qua fuit appellatum, de qua in judicio appellationis directo disceptatur, ut dictum: quia tamen litis contestatio facta super eodem negotio in priore instantia, sufficienter monstrat, quae sit litigantium controversia in eo negotio principali, unde judici appellationis diligenti inquisitione mediante, adhibita insuper, uti par est, accurata prioris instantiae actorum inspectione, potest etiam citra nouam litis contestationem liquere de meritis caussae, atq; adeo constare, num sententia controversa sit consentanea juri, an contraria, numq; sic fuerit concipienda, an aliter, merito fit, ut si per contumaciam adversarium stet, quo minus lis contestetur, judex isto casu omnimodo procedere queat ad definitiuam, *jur. praecit.* Quae † 6
quidem conclusio procedit, etiamsi pars vtraque sit praesens, altera tamen litem contestari contumaciter detrectet, *jur. praecit.* quae licet de contumaciter absente loqui videantur, quia tamen haud aliam decidendi rationem ex ijs colligere licet, quam quod & litigatoris culpa fiat, quo minus lis contestari queat, & in priore instantia super eodem negotio lis contestata sit: isthaec autem ratio militet etiam in contumace praesente, vel eo magis, quo grauior eius habetur contumacia, utique privilegium caussae appellationis non restringendum, sed in tali quoq; contumace servandum erit, *Rot. decis. 1. num. 1. & decis. 7. num. 1. tit. de litis contest. in not. Matthesil. not. 66. Ripa in d. l. naturaliter, §. nihil commune, nu. 190. ff. de acquir. possess.* Deinde † procedere videtur etiam 7
indistincte cum quo ad appellatum,

cum,

rum. quo ad appellantem. Præterquam enim, quo tex. *d. c. per tuas*, ac pleriq; Dd. relatorum generaliter loquuntur, prout etiam Imp. *in d. l. ult. §. illud, verſ. cum ſit hoc ſpeciale, &c*, conſtat, appellato copiam ſui facere detrectante, judicem in cauſſa appellationis lite non conteſtata poſſe ad definitiuam procedere, *per textum ad hoc clarum in d. c. veniens, ubi gl. Bald. in d. c. per tuas, & in auth. qui ſemel, n. 12. C. quomodo & quando judex*, etſi perperam poſt *Innoc. in d. c. ex literis*, diſſentire videatur *Lanfranc. in d. Clem. ſæpe, verb. libellus, num. 11.* Hinc in Imperiali Camera, appellato in termino citationis emiſſæ non comparente, proinde ad inſtantiam appellantis per proclama vocato, ſexq; juridicis effluxis, lis in contumaciam pro conteſtata acceptatur, & in cauſſa appellationis ad definitiuam proceditur, ſiquidem appellans hanc viam elegerit, *text. in Ord. Cam. p. 3. t. 43. & t. 45. juncto Præſidis & aſſeſſorum decreto generaliter procuratoribus in Camera promulgato 17. Auguſt. anno 74. Gaill. lib. 1. obſeru. 60. num. 1. & 4. & obſeru. 80. num. 2.* Sicut e diverſo appellante, poſtquam introduxit appellationem, cauſſæq; ſaltem ex parte ſua impoſuit exordium, non comparente, licuiſſe videtur, etiam jure veteri, judici ex parte ſolius appellati ſollicitantis cauſſam dirimere, lite licet nondum in illo appellationis judicio conteſtata, *d. l. ult. §. illud, gl. in auth. et qui, verb. unus, ubi Bart. num. 4. quem refert Caſtrenſ. ibid. num. 8. C. de tempor. appellat. Colligitur etiam ex §. hac itaq;, verſ. ſed plurimi, in auth. de his qui ingred. ad appellat.* Verum quia partim trina citatio, edictumq; peremtorium, *l. nonnunquam, ff. de judic. l. properandum, §. & ſiquidem, C. de judi.* utrobiq; Dd. partim judicum inevitabiles occupationes, deniq; vel maxime impedimenta ab appellante ſupervenientе allegata proceſſum nihilominus retardabant, *d. §. hac itaq;*, eaq; ratione appellatoris abſentia cauſſam appellationis finiri non facile concedebat, *d. §. illud*, Iuſtinianus noviter diſpoſuit, ut appellatus pro veritate ſententiam confirmari deſiderans, prope finem ſecundi anni proſequendis appellationibus indulti, quando menſis tantummodo ſupereſt, obtinere queat apud judicẽ appellationis, ut quæſito prius appellante, ſive inveniatur ille, ſive non, protinus allegationes appellati recipiantur, cauſſaq; per ſententiam definitiuam cito determinetur, *§. volumus etenim, in auth. de his qui ingred. ad appel. d. auth. ei qui, ubi Bartol. nu. 4. Caſtr. nu. 8.* Sed cum in Imperiali Camera fatalia proſequendæ appellationis non currant, *Gaill. lib. 1. obſeruat. 128. num. 3. obſeru. 141. num. 7.* protinus à tempore commiſſæ ante litis conteſtationem contumaciæ contra appellantem poſtulante appellato ad definitiuam proceditur, ſecundum Ordin. *p. 3. t. 42. & 44. Gaill. lib. 1. obſeru. 59. n. 4. & 7.* Ita cum nec in judicio electoralis aulæ Saxonicæ, quod appellationum vocant, hæc fatalia ſint in uſu, ſed appellatio in termino proxime ſequenti, qui lapſo ſemeſtri ſemper haberi ſolet, juſtificetur, ſi eam non proſequatur appellans, accuſatur ab adverſario contumacia eius, tandemque per ſententiam pronunciatur, appellationem eſſe deſertam, niſi appellans juſta ſe cauſſa probet impeditum: quo caſu alter ei terminus, aut etiam tertius ad juſtificandum conceditur, *prout refert Daniel Moller ſemeſtr. lib. 4. c. 32. num. 3.*

8 Cœterum præcitatæ concluſioni non eſt locus, quando neutra pars comparet, appellationemve proſequitur: tunc enim procedere non licet, *ut ſenſit gl. in l. properandum. §. & ſiquidem, verb. licentia, ubi poſt alios Caſtrenſ. num. 7. Alexan. num. 3. Iaſon n. 4. & 6. C. de judic. Angel. in l. de unoquoq;, ubi Ioan. de Imol. n. 2. ff. de re judic. Bart. in l. un. num. 2. ubi Caſtr. num. 3. & reliqui, C. ut quæ deſunt advoc.* Sed elapſis fatalibus prior ſententia per appellationem interpoſitam adeoque rite introductam ſuſpenſa, propter eandem deſertam omnimodo convaleſcit, rataq; permanet, *d. §. volumus, d. l. ult. §. illud. d. auth. et qui, ubiq;*

 poſt

post gl. Bartol. & cæteri Dd. c. cum sit Romana, ubi Dd. de appellatio. nisi quo loco disceptanda fuit appellationis caussa, fatalia prosequendi non observentur. prout ubique fere locorum in judicijs horum fatalium nullam haberi rationem, testatur *Gaill. d. obseruat. 141. num. 8.* quo casu, sententia remanere videtur suspensa, *ut colligere licet ex constitutione Imperij anno 66. promulgata, §.* nach dem dann / *versic.* So veil die appellationen betrifft / *nec non Mynsingero centur. 2. obseruat. 63. Gaill. lib. 1. obseruat. 59. numer. 3. Fridero de mandatis lib. 2. c. 20. numer. 10. & seqq.* cum nec appellatio partibus eam intra biennium prosequi negligentibus deserta reddatur, nec judex appellationis contra contumacem in caussa procedere possit, altera parte non instante. *Bartol. in d. auth. ei qui. num. 5. & in auth. qui semel, numer. 2. ubi Castrens. num. 8. C. quomodo & quando jud. per text. ibid. & l. ad peremtorium, ubi Bald. & cæteri & d. l. properand. §. & si quidem, ubi Bald. num. 3. Alexan. num. 2. Jas. num. 4. C. de judic. Bartol. in l. 2. §. Senatus, ff. de jure fisci, Maranta d. p. 6. t. de contumacia, numer. 13.* Quo fit, ut etiamsi alius justificationi terminus alicubi sit præstitutus consuetudine vel statuto, si tamen insuper ex adversarij parte requiratur accusatio contumaciæ, neutro comparente in termino, non potest appellatio censeri deserta, quippe nondum accusata per adversarium appellantis contumacia, sed potius tacita termini prorogatio facta intelligitur, *secundum l. ult. in fin. C. de tempor. appell. c. ex ratione, de appellat. & utrobiq; Dd. Clem. quamdiu, de appellat. Tessaur. decis. 244. num. 2. Daniel Moller lib. 4. semestr. c. 32. numer. 5.*

9 Deinde † cum Pontifex in *d. c. per tuas*, vim in eo maximam faciat, quod super eodem principali negotio lis coram prioribus judicibus contestata fuerit, insuper utrumque conjunctim requirat, & litis contestationem priore instantia factam, & contumacem adversarij absentiam; videtur inde consequi, cum litis contestatio prius facta non fuit, procedi ad definitiuam non posse in caussa appellationis, licet adversarius contumaciter absit, *Ita Bald. in d. c. per tuas, per text. ibid. à contrario sensu, per quem suppleri glossarine dicit textum d. l. ultim. §. illud, C. de tempor. appellat. Rot. decis. 1. t. de lit. contestat. in nou. Eis idipsum inculcat Dec. in d. c. per tuas, numer. 1. & 4. Brederod. d. t. 30. sub rub. an libellus & litis contestatio requiratur in processu appellatorio. versic. secundus casus:* & sensisse videntur cœteri, quando propter concursum litis contestationis in priore instantia factæ contra contumacem in secunda instantia procedi posse contendunt. Nec tamen abs re quis opinetur intuitu primo, nullum restrictionis huius effectum fore: Sive enim lis antea non fuit contestata super caussa, quæ litis contestationem solennem non desiderat, non erit eo casu litis contestatio necessaria in judicio appellationis à definitiua, *Joan. de Imol. in l. 1. §. libelli, num. 18. ff. de appellatio. Dec. in d. c. per tuas, num. 4.* cum antea fuerit ostensum, eiusdem esse naturæ caussam appellationis, cuius est caussa principalis: Sive super caussa, quæ litis contestationem solennem desiderat, ut regulariter vnaquæq; requirit, necesse † est, eo casu definiti- 10
uam sententiam esse ipso jure nullam, *l. prolatam, ubi Dd. C. de senten. & interlo. om. c. accedent, ubi gloss. & Dd. & t. t. ut lite non contestat.* usq; adeo, ut à partibus, etiamsi velint eam valere, non tamen sustineri possit in vim sententiæ, *Specul. t. de sententia, § juxta, vers. quid si partes. Joan. de Imol. in l. si convenerit, numer. 1. & 2. post gloss. ibid. Alexand. numer. 6. Jas. numer. 6. Zas. numer. 9. ff. de re judic. gl. in c. de caussis, ubi Panormitan. numer. 7. & 8. Bald. numer. 13. & cæteri, de offic. deleg. Bartol. in auth. offeratur. numer. 14. ubi Bald. & cæteri, C. de litis contest. Bartol. in l. societatem, §. arbitriorum, numer. 10. ff. pro soc. Bolognet. in l. nemo, numer. 157. ff. de legat. 1. Marian. Socin. in c. unic. numer. 7.*

de litis

de litis cont. Dec. in l. nec ex pretorio, n. 3. ff. de regul. jur. Rot. decis. 4. t. de lit. cont. innon. Guido Pape quæst. 216. Capella Tholos. decis. 352. ubi Stephan. Aufrer. Muranta de ordine judicior. p. 4. dist. 9. n. 98. Petrus Duen. regul. 23. limit. 1. Cranetta consil. 182. num. 12. vol. 1. ſed in vim pacti ſaltem ſive ſtipulationis, *l. 2. C. commun. utriusq; jud. gl. in c. ult. de re judic. lib. 6. Panorm. in d. c. de caussis, num. 8. ubi Felin. num. 6. Marian. Socin. d. c. un. num. 8. Aufrer. ad d. decis. 352. Cranet. d. consil. 182. nu. 7. Plures citat Vantius de nullit. t. qualiter senten. nulla defendi poss. num. 18. 19.* ut proinde per appellationem non veniat infirmanda, *t. t. C. quando provoc. non est necess.* adeoq; ab ea omnis appellatio ſit ſupervacua futura, cum in rem judicatam non transeat, *Castrens. consil. 183. lib. 1. Paris. consil. 41. num. 17. vol. 4. Cranet. consil. 659. num. 24. vol. 4.* Quæ ut vera ſint, nihilominus ea reſtrictio quibuſ-
11 dam caſibus effectum ſortitur. Quid † enim ſi ſtatuto vel conſuetudine cautum ſit in loco prioris inſtantiæ, ut ad definitivam lite non conteſtata procedi queat: qualis conſuetudo ſive ſtatutum procul dubio valeret, *Innoc. in c. 1. ubi Ioan. Andr. Panorm. nu. 16. Marian. Socin. n. 30. & 31. & cæteri, de libel. obl. per jura ab eis allegata, & fac. tex. c. Romana, §. debet autem, de appell. in 6. Ioan. de Imol. post alios in Clem. sæpe, de verb. signif. Bald. in l. 1. num. 94. C. de sum. trin. & fide cathol. Marian. Socin. in c. quoniam frequenter, num. 26. ut lite non contest. Guido Pap. decis. 58. & decis. 369. Satisq; colligitur ex not. per Dd. in l. omnes populi, maxime Bolegnet. num. 100. usq; ad 108. ff. de just. & jure.* Atqui loci, quo prius cauſſa ventilata fuit, ſtatutum litis ordinationem ſive proceſſum concernens, non ſervatur in loco ſecundæ inſtantiæ, ſed huius fori jus ſpeciale, eove deficiente jus commune illic vſitatum obſervatur in appellationis judicio, *Bald. in c. 1. §. hoc quod nos, num. 16. de pace Constantiæ. Patet ex traditis per Vant. t. de nullit. ex defec. process. num. 66. & seqq. Guid. Pap. decis. 23. Ioan. Bapt. Cephal. consil. 708. num. 26. & seqq. volu. 5.* cum † in reſpi- 12
cientibus ordinem judiciorum, & modum procedendi in lite ſemper attendantur conſuetudines & ſtatuta ſive jus loci, quo cauſſa ventilatur, *Bald. loc. rel. gl. & Dd. in l. 2. C. quæ sit longa consuetud. Bartol. in l. 1. num. 30. ubi Bald. n. 93. 94. Castrens. nu. 11. Ias. nu. 20. & in repet. num. 57. C. de sum. trin. Panorm. in c. Ecclesia S. Mariæ, num. 19. de constitution. Guid. Pap. decis. 262. Vant. lo. præcit. Plures citat Cephal. consil. 754. n. 1. & 2. vol. 5.* Proinde cum vigore prædicti ſtatuti proceſſus inſtantiæ prioris abſq; litis conteſtatione valuerit, hoc vero non obſervandum veniat in proceſſu ſecundæ inſtantiæ, conſequitur, propter omiſſam litis conteſtationem in priore inſtantia, non poſſe in cauſſa appellationis procedi ad definitiuam, etiamſi contumaciter abſit adverſarius, *arg. d. c. per tuas* quamvis aliàs, quando cauſſa principalis eſt ſummaria jure ciuili, quod utrobiq; ſervatur, non negetur, etiam cauſſam appellationis, quippe quæ illius naturam imitatur, eſſe ſummariam, *Clem. dispendiosam, de judic. Ioan. de Imol. in l. 1. §. libelli, num. 18. ff. de appellat. Decius in d. c. per tuas, nu. 4. Brederod. d. 1. 30. sub rub. an necessaria sit litis contestatio vers. & adde unum, & sub rub. an libell. & litis contest. requiratur in processu appellatorio, vers. secundo casu; fac. not. per Marian. Socin. in c. fraternitatis, num. 28. de testib. & in c. venient, num. 28. & 29. de accusat.* Ita quoties in loco poſterioris inſtantiæ, nullitates proceſſus inſtantiæ prioris, quæ cauſſæ principali non præjudicant, & ſolummodo figuram ſive ſolennitatem judiciorum reſpiciunt, minime curantur, ut vigore Ordinationis *p. 3. t. 34.* fit in Camera Imperiali, *Gaill. lib. 1. observat. 75. num. 5. & seqq.* caſus exiſtere videtur præcitatæ reſtrictionis: ut proinde ſecundum illam tunc in inſtantia poſteriore ſine litis conteſtatione procedi nequeat ad definitiuam adverſario contumaciter abſente, quando in priore lis non fuit conteſtata, *per d. c. per tuas,*

post gl. Bartol. & cæteri Dd. c. cum sit Romana, ubi Dd. de appellatio. nisi quo loco disceptanda fuit appellationis caussa, fatalia prosequendi non observentur, prout ubique fere locorum in judicijs horum fatalium nullam haberi rationem, testatur *Gaill. d. obseruat. 141. num. 8.* quo casu, sententia remanere videtur suspensa, *ut colligere licet ex constitutione Imperij anno 66. promulgata, §. nach dem dann / versic. So veil die appellationen betrifft / nec non Mynsingero centur. 2. obseruat. 63. Gaill. lib. 1. obseruat. 59. numer. 3. Fridero de mandatis lib. 2. c. 20. numer. 10. & seqq.* cum nec appellatio partibus eam intra biennium prosequi negligentibus deserta reddatur, nec judex appellationis contra contumacem in caussa procedere possit, altera parte non instante. *Bartol. in d. auth. ei qui, num. 5. & in auth. qui semel, numer. 2. ubi Castrens. num. 8. C. quomodo & quando jud. per text. ibid. & l. ad peremtorium, ubi Bald. & cæteri & d. l. properand. §. & si quidem, ubi Bald. num. 3. Alexan. num. 2. Jas. num. 4. C. de judic. Bartol. in l. 2. §. Senatus, ff. de jure fisci, Maranta d. p. 6. t. de contumacia, numer. 13.* Quo fit, ut etiamsi alius justificationi terminus alicubi sit præstitutus consuetudine vel statuto, si tamen insuper ex adversarij parte requiratur accusatio contumaciæ, neutro comparente in termino, non potest appellatio censeri deserta, quippe nondum accusata per adversarium appellantis contumacia, sed potius tacita termini prorogatio facta intelligitur, *secundum l. ult. in fin. C. de tempor. appell. c. ex ratione, de appellat. & utrobiq; Dd. Clem. quamdiu, de appellat. Tessaur. decis. 244. num. 2. Daniel Moller lib. 4. semestr. c. 32. numer. 5.*

9 Deinde † cum Pontifex in *d. c. per tuas*, vim in eo maximam faciat, quod super eodem principali negotio lis coram prioribus judicibus contestata fuerit, insuper utrumque conjunctim requirat, & litis contestationem priore instantia factam, & contumacem adversarij absentiam: videtur inde consequi, cum litis contestatio prius facta non fuit, procedi ad definitiuam non posse in caussa appellationis, licet adversarius contumaciter absit, *Ita Bald. in d. c. per tuas, per text. ibid. à contrario sensu, per quem suppleri glossarine dicit textum d. l. ultim. §. illud, C. de tempor. appellat. Rot. decis. 1. t. de lit. contestat. in nou. Bis idipsum inculcat Dec. in d. c. per tuas. numer. 1. & 4. Brederod. d. t. 30. sub rub. an libellus & litis contestatio requiratur in processu appellatorio, versic. secundus casus:* & sensisse videntur cœteri, quando propter concursum litis contestationis in priore instantia factæ contra contumacem in secunda instantia procedi posse contendunt. Nec tamen abs re quis opinetur intuitu primo, nullum restrictionis huius effectum fore: Sive enim lis antea non fuit contestata super caussa, quæ litis contestationem solennem non desiderat, non erit eo casu litis contestatio necessaria in judicio appellationis à definitiua, *Joan. de Imol. in l. 1. §. libelli, num. 18. ff. de appellatio. Dec. in d. c. per tuas, num. 4.* cum antea fuerit ostensum, eiusdem esse naturæ caussam appellationis, cuius est caussa principalis: Sive super caussa, quæ litis contestationem solennem desiderat, ut regulariter unaquæq; requirit, necesse † est, eo casu definiti- 10
uam sententiam esse ipso jure nullam, *l. prolatam, ubi Dd. C. de senten. & interlo. ut. c. accedens, ubi gloss. & Dd. & t. t. ut lite non contestat.* usq; adeo, ut à partibus, etiamsi velint eam valere, non tamen sustineri possit in vim sententiæ, *Specul. t. de sententia, § juxta, vers. quid si portes, Joan. de Imol. in l. si convenerit, numer. 1. & 2. post gloss. ibid. Alexand. numer. 6. Jas. numer. 6. Zas. numer. 9. ff. de re judic. gl. in c. de caussis, ubi Panormitan. numer. 7. & 8. Bald. numer. 13. & cæteri, de offic. deleg. Bartol. in auth. offeratur, numer. 14. ubi Bald. & cæteri, C. de litis contest. Bartol. in l. societatem, §. arbitriorum, numer. 10. ff. pro soc. Bolognet. in l. nemo, numer. 157. ff. de legat. 1. Marson. Socin. in c. unic. numer. 7.*

de litis

de litis cont. Dec. in l. nec ex pratorio, n. 3. ff. de regul. jur. Rot. decis. 4. t. de lit. cont. in nou. Guido Papæ quæst. 216. Capella Tholos. decis. 352. ubi Stephan. Aufrer. Maranta de ordine judicior. p. 4. dist. 9. n. 98. Petrus Duen. regul. 23. limit. 1. Crauetta consil. 182. num. 12. vol. 1. sed in vim pacti saltem sive stipulationis, l. 2. C. commun. utriusq; jud. gl. in c. ult. de re judic. lib. 6. Panorm. in d. c. de caussis, num. 8. ubi Felin. num. 6. Marian. Socin. d. c. un. num. 8. Aufrer. ad d. decis. 352. Crauet. d. consil. 182. nu. 7. Plures citat Vantius de nullit. t. qualiter senten. nulla defendi poss. num. 18. 19. ut proinde per appellationem non veniat infirmanda, t. t. C. quando provoc. non est necess. adeoq; ab ea omnis appellatio sit supervacua futura, cum in rem judicatam non transeat, Castrens. consil. 183. lib. 1. Paris. consil. 41. num. 17. vol. 4. Crauet. consil. 659. num. 24. vol. 4. Quæ ut vera sint, nihilominus ea restrictio quibus-
11 dam casibus effectum sortitur. Quid † enim si statuto vel consuetudine cautum sit in loco prioris instantiæ, ut ad definitivam lite non contestata procedi queat: qualis consuetudo sive statutum procul dubio valeret, Innoc. in c. 1. ubi Ioan. Andr. Panorm. nu. 16. Marian. Socin. n. 30. & 31. & cæteri, de libel. obl. per jura ab eis allegata, & fac. tex. c. Romana, §. debet autem, de appell. in 6. Ioan. de Imol. post alios in Clem. sæpe, de verb. signif. Bald. in l. 1. num. 94. C. de sum. trin. & fide cathol. Marian. Socin. in c. quoniam frequenter, num. 26. ut lite non contest. Guido Pap. decis. 58. & decis. 369. Satisq; colligitur ex not. per Dd. in l. omnes populi, maxime Bolognet. num. 100. usq; ad 108. ff. de just. & jure. Atqui loci, quo prius caussa ventilata fuit, statutum litis ordinationem sive processum concernens, non servatur in loco secundæ instantiæ, sed huius fori jus speciale, eove deficiente jus commune illic visitatum observatur in appellationis judicio, Bald. in c. 1. §. hoc quod nos, num. 16. de pace Constantia. Patet ex traditis per Vant. t. de nullit. ex defec. process. num. 66. & seqq. Guid. Pap. decis. 23. Joan. Bapt. Cephal. consil. 708. num. 26. & seqq. volu. 5. cum † in respi- 12
cientibus ordinem judiciorum, & modum procedendi in lite semper attendantur consuetudines & statuta sive jus loci, quo caussa ventilatur, Bald. loc. rei. gl. & Dd. in l. 2. C. quæ sit longa consuetud. Bartol. in l. 1. num. 30. ubi Bald. n. 93. 94. Castrens. nu. 11. Jas. nu. 20. & in repet. num. 57. C. de sum. trin. Panorm. in c. Ecclesia S. Mariæ, num. 19. de constitution. Guid. Pap. decis. 262. Vant. lo. præcit. Plures citat Cephal. consil. 754. n. 1. & 2. vol. 5. Proinde cum vigore prædicti statuti processus instantiæ prioris absq; litis contestatione valuerit, hoc vero non observandum veniat in processu secundæ instantiæ, consequitur, propter omissam litis contestationem in priore instantia, non posse in caussa appellationis procedi ad definitiuam, etiamsi contumaciter abiit adversarius, arg. d. c. per tuas quamvis aliàs, quando caussa principalis est summaria jure ciuili, quod utrobiq; servatur, non negetur, etiam caussam appellationis, quippe quæ illius naturam imitatur, esse summariam, Clem. dispendiosam, de judic. Joan. de Imol. in l. 1. §. libelli, num. 18. ff. de appellat. Decius in d. c. per tuas, nu. 4. Brederod. d. t. 30. sub rub. an necessaria sit litis contestatio vers. & adde unum, & sub rub. an libell. & litis contest. requiratur in processu appellatorio, vers. secundo casu; fac. not. per Marian. Socin. in c. fraternitatis, num. 28. de testib. & in c. veniens, num. 28. & 29. de accusat. Ita quoties in loco posterioris instantiæ, nullitates processus instantiæ prioris, quæ caussæ principali non præjudicant, & solummodo figuram sive solennitatem judiciorum respiciunt, minime curantur, ut vigore Ordinationis p. 3. t. 34. fit in Camera Imperiali, Gaill. lib. 1. obseruat. 75. num. 5. & seqq. casus existere videtur præcitatæ restrictionis: ut proinde secundum illam tunc in instantia posteriore sine litis contestatione procedi nequeat ad definitiuam adversario contumaciter absente, quando in priore lis non fuit contestata, per d. c. per tuas,

ubi post Bald. Decius n. 4. Hoc tamen in Camera Imperiali propterea non obtinere videtur, quod in ea tum quoque, cum reus contumaciter ante litis contestationem abest, ad petitionem comparentis, tã in prima, quam in secunda instantia, exhibito libello lis in contumaciam est acceptanda pro contestata, & omnimodo ad definitiuam procedendum, disponente sic peculiariter Ordin. *p. 3. t. 43. & 45. Gaill. lib. 1. obsern. 59. num. 7.* Por-
13 ro † cum hodie, si sit actor contumax nondum cœpto per litis contestationem judicio, ad instantiam rei testes examinari queant, & sentẽtia in caussa principali ferri possit, *auth. qui semel, C. quomod. & quando jud. c. caussam quæ, de dolo & contu. utrobiq; Dd.* idem juris erit in appellationis judicio, prout recte censuit *Bald. in d. c. per tuas,* cujus sententiam defendi posse crediderim, utrovis modo vox actoris contumaciter absentis, quam Baldus vsurpat, intelligatur: Sive enim de appellante sensit, *prout eum intelligit Brederodius d. t. 30. sub rub. an libellus & litis contestatio requiratur in processu appellatorio, vers. quintus casus,* vera videtur assertio, cum quæ jure nostro in caussa principali constituta reperiuntur, sibi regulariter etiam in caussa appellationis locum vendicent, ut aliquoties notatum: Appellans vero etiamsi in priore instantia non fuisset actor, tamen in secunda instantia vicem actoris, eiusdemq; partes sustinet, *Alexan. in add. ad Bartol. in l. hi qui ad ciuilia, C. de appellatio. Iason in l. qui pro tribunali, num. 34. ff. de re judic.* quippe qui appellando non modo provocauit alterum ad judicium, *l. tale pactum, §. qui provocauit, ff. de pact. juncta l. 2. ff. commun. diuid. l. in tribus, l. inter litigantes, ff. de judic.* & caussam agere passim perhibetur, *l. scio, §. ultim. l. à sententia, §. idem rescripsit, l. cum quidam, l. qui suspectum, §. is vero, ff. de appellatio. c. oblata, de appellatio.* ut proinde illo contumaciter absente ante litem in appellationis judicio contestatam, tanto magis in secunda instantia procedere liceat ad definitiuam, quantumvis nec in caussa principali fuerit antea lis contestata, quia non modo in prima idipsum propter eandem caussam permissum, *d. auth. qui semel,* sed & in secunda longe facilius caussa ex actis antea deductis justificari, deque meritis eius liquere potest, *d. c. per tuas, d. c. interposita, §. ultim. de appellat. l. per hanc, C. de tempor. appellat. cum similib.* Sive de actore primæ instantiæ, etiamsi adversario appellante ad judicium appellationis provocatus fuerit, nihilominus contra ipsum ante litem in judicio appellationis contestatam contumaciter absentem appellante flagitante procedere licebit ad definitiuam, saltem si propter eiusdem actoris contumaciam in priore instantia sine litis contestatione probatio rei admissa, nec non definitiua lata fuit: Quamvis enim judicium appellationis, ut diximus, à judicio prioris instantiæ diversum sit, adeoq; ratione respectuq; secundæ instantiæ rei locum appellatus quodammodo teneat, *Hartmannus Pistoris lib. 1. quæst. 3. numer. 18. & seqq.* tamen casu nostro processus appellationis absq; litis contestatione valebit: tum, quod idem principale negotium, eadem caussa utrobiq; ventilatur, *d. c. per tuas, patetq; ex rubr. C. ne lic. in una eademq; causs.* respectu cujus etiam, qui fuit ab initio, remanere semper actor intelligitur, etiamsi non ipse, sed adversarius appellarit: quod innuit *Bald. in l. tale pactum, §. qui prouocauit, numer. 31. 32. 33. ff. de pactis.* Cum igitur super eadem caussa is ipse, qui priore instantia, nunc iterum sit contumax, utiq; jam non minus, ut ante, contra eundem lite non contestata ad definitiuam procedendum erit, vel eo magis, quod alias sine nova litis contestatione, adversario contumaciter absente, in secunda instantia probationes admitti, atque definitiua ferri consueverit, *d. c. per tuas, d. l. ultim. § illud, C. de tempor. appellatio.* Tum, quod regulariter, ubi jure communi non est

est necessaria litis contestatio in caussa principali, ne quidem necessaria sit in caussa appellationis, *Joan. de imol. in l. 1. §. libelli, num. 18. ff. de appellatio. Dec. in d. c. per tuas, num. 4.* Proceditur autem etiam jure communi sine litis contestatione in caussa principali, quando actor est contumax, *d. auth. qui semel.* Ergo quando idem actor est contumax in caussa appellationis, absq; litis contestatione processus erit validus. Tum quod Imp. *in d. auth. qui semel.* non tam sese restringat ad primam solummodo instantiam, quam generaliter & indistincte permittere videatur, ut lite nondum contestata propter actoris contumaciam procedi posit ad determinationem negotij principalis: Cum verò non minus secunda, quam prima instantia suscipiatur negotij principalis dirimendi gratia, *d. c. per tuas, cum similib.* adeoq; caussa, quam actor ab initio principaliter in judicium deduxit, per interpositam appellationem suspendatur ulterius discutienda, *d. l. ult. §. sin autem ex alijs, C. de tempor. appellat.* utiq; illo, qui primò actionem intentauit, iterum post appellationē, ab altero licet interpositam, contumaciter absente, lis adhuc pendens sine solenni contestatione non minus ut ante, determinari poterit, *per d. auth. qui semel.* Tertio: † Cum
14 Pontifex in *d. c. per tuas*, ita demum altera parte contumaciter absente judici permittat in appellationis caussa procedere ad definitiuam, cum ei de meritis caussæ liquebit: posit autem in judicio appellationis a definitiua quandoque evenire, ut judici appellationis, quantumvis diligenter inquirenti, nec litis contestatione prioris instantiæ, nec ex actis eius, nec documentis partis comparentis, constare queat de meritis caussæ, deque sententia, quid statuendum sit, prout colligitur, cum ex *c. sæpe contingit, de appellat.* tum ex *d. c. per tuas*, alioqui verba *cum eis &c.* decisioni inserta plane superflua forent: efficitur hinc à contrario sensu, judicem appellationis tali casu definitiuam ferre minime posse, *argument. d. c. per tuas, & sensit ibid. gloss. ultim. in princip. & Dd. maxime Joan. de Lign. qui refertur in Rot. decis. 1. numer. 2. t. de litis contestat. in nov.* & est text. not. *in l. properandum, § & siquidem, C. de judic. & in l. consentaneum, C. quomodo & quando judex: ordinarie Dd. utrobique gl. & Dd. in c. prout, de dolo & contum.* Vt igitur ante sententiam in caussa principali, sic in appellatione à definitiua, quæ caussam in eum statum reducit, quo fuit ante sententiam, *l. eius qui, §. ultim. ff. de testament. cum similib. sup. allegat.* recurrendum erit ad cæteros contumaciæ ad comparentis instantiam coercendæ modos, puta, capturam contumacis, qua vel invitus ad judicem pertrahatur, *d. l. consentaneum*, excommunicationem, *c. 1. c. tua, c. quoniam frequenter, in fine, ut lite non contest.* quodque excommunicationi veluti proportione quadam responder & æquiparatur in judicijs coram seculari agitatis, bannum, sive proscriptionem, *Bartol. in l. illicitas, §. ultim. numer. 1. ff. de offic. præsid. Bald. in l. 1. num. 10. & seqq. C. de hæredit. instit. Iason in l. unic. in princip. num. 25. ff. si quis jus dic. non obtemp. Gaill. lib. 1. obseru. 60. num. 1. & lib. 2. de pace public. c. 5.* immissionem bonorum sive possessionis translationem, *d. c. prout, d. l. properand. §. sin autem reus, d. l. consentaneum, cum similib.* quas quidem pœnas etiam in appellationis judicio locum sibi vendicare, clare probat tex. *c. si duob. & c. peruenit, de appellat. & sensere Dd. in jurib. paulo ante rel.* & quidem postremæ duæ appellato contumaci expresse præstituuntur in Ordin. Camer. Imperial. *p. 3. t. 44.* Iure † autem Saxonico 15
cum reus ob contumaciam pro confesso & convicto habeatur, caussaq; cadat, *text. in Spec. Sax. lib. 2. artic. 9. & 24. in princip. & lib. 3. artic. 39. Chilianus in process. cap. 37. Autor differentiarum juris ciuil. & Saxon. lib. 1. differentia 39. Schneid. in §. summa autem, num. 16. instit. de interdic. Late Hartman.*

Pistor. lib. 1. q. 3. per tot. Colerus de process. exec. ut. p. 1. cap. 2. num. 16. etsi non hoc ipsum in appellationis caussa statutum expresse reperiatur, tamen usu receptum, ut eadem pœna coerceatur appellatus contumaciter absens, dummodo appellatio in formalibus subsistat, prout testatur de hac consuetudine *Chilian. in processs. cap. 115. in fin. Autor differ. d. diff. 39. Hartm. Pistor. d. q. 3. num. 23.* quantumvis contrarium in puncto juris non incommode defendi queat, maxime per ea, quæ pro hac parte adducit *Hartm. Pistor. loc. rel. & Colerus*, qui refert, idipsum aliquando in supremo tribunali electorali fuisse pronunciatum, & in Turingia regulariter observatum.

16 At verò quæritur altero de casu, quando præsens est utraq; pars?; & tenendum, litis contestationem in judicio appellationis à definitiua esse necessariam, sine qua non sit ad definitionem caussæ procedendum, nec sufficere judicij primi contestationem, *gloss. in c. Raynald. verb. contestata, ubi Panorm. num. 27. & Couarr. §. 2. num. 1.* communem *sententiam perhibens, quam Dd. in d. c. per tuas*, communiter *asserant, de testament. Specul. t. de libelli concept. §. nunc dicendum, in fin. & t. de lit. contest. §. nunc dicamus, vers. sed cum in caussa. Cyn. post Jac. de Are. in l. un. Bart. num. 3. Bald. in fin. Angel. Salic. num. 4. & Castr. num. 3. C. ne lic. in una eademq; caussa, Bartol. in l. ult. §. illud, num. 3. ubi Salic. num. 3. Castr. num. 3. C. de tempor. appellat. Bart. in l. eius qui, num. 7. ff. de appellat. recip. Idem in l. ab hostib. §. ult. num. 10. ff. ex quib. caussis maior. Bald. in auth. qui semel, num. 12. C. quom. & quan. jud. & in l. ita demum, num. 1. C. de procur. nec non in auth. si omnes, num. 5. C. si minor ab hered. se abstin. Idem in auth. hoc sacramentum, num. 4. C. de jurejur. propter calum. & in d. c. per tuas, ubi Ioan. de Imol. Panorm. num. 41 & alij, de appellat. Ioan. de Imol. in l. 1. §. libelli, nu. 18. ff. de appellat. Rot. decis. 1. t. de lit. cant. in nou. & decis. 23. & 45. t. de appellat. in antiq. Ferrar. in form. libelli appell. verb. coram vobis, nu. 2. Marian. Socin. in c. quoniam freq. nu. 74. dicens* communiter *hoc Legistas tenere, ut lite non contest. Lanfranc. in c. quoniam contra, verb. interlocut. & appellat. num. 140. de probation. Ripa in l. naturaliter, §. nihil commune, num. 189. ff. de acquir. poss. Aretin. consil 20. in quæstione, circa fin. nu. 5. dicens* magis communem, *quem refert Bredero. de appellat. p. 2. tit. 50. de lit. contest. sub rubr. an necessaria sit lit. contest. vers. appellationis* 2 *à sententia, Hartm. Hartmanni lib. 1. pract. observ. t. 13. de litis contest. observ. 1.* Et ad veritatem eius evidentius commonstrandam primo quidem ponderari possunt tex. *d. l. ult. §. illud*, & tex. *d. c. per tuas*, quibus cum disponatur, parte absente, & quidem contumaciter, procedi posse in caussa appellationis lite nondum contestata, necesse est, parte non absente, sed utraq; comparente litis contestationem omnimodo fieri debere. Contrariorum namq; diversa vel contraria dispositio, quoties scilicet non eadem, sed diversa vel plane contraria subest ratio, *l. qui accusare, ff. de accusat. l. etsi contra, ff. de vulg. & pupil. l. penult. C. de solut. cum simil. Dd. ad rub. ubi præ cæteris Ioan. Bologne. n. 53. cum seqq. ff. de acquir. possess. Everh. in loc. à contrar. num. 7. Paris. consil. 30. num. 16. vol. 1.* idq; vel eo magis in proposito statuendum, quia Pontificem in *d. c. per tuas*, inprimis urgere contumaciam absentis videmus, de qua principaliter illic motam esse quæstionem, non satis esse duxit, quin eandem in decisione quæstionis repetit, ne quis scilicet idem juris esse credat utraq; parte comparente. Deinde text. *d. c. Raynald. §. dilectus*, ubi Pontifex monstraturus, judicem appellationis rite sententiam protulisse, refert, coram eo legitime litem fuisse contestatam: utiq; solius litis contestationis in tam succincta caussæ commemoratione mentionem minime facturus, nisi ea in processu appellationis omnino necessaria, & ad sententiæ latæ validitatem evincendam inprimis accommodata fuisset. Tertiò tex. *d. l. unic. C. ne lic. in una eademq;*

causs.

causs. ubi prohibetur, ne quis in vna eademque caussa tertio provocet: saltem permittitur recusatio judicis ad caussam appellationis cognoscendam delegati, quam jubet Imp. fieri ante litem contestatam: Atqui frustra imo perperam præciperet illud Imp. si litis contestatio in secunda instantia esset supervacanea, nec nisi ex abundanti fieret, siquidem præpedire partes haud deberet, quo minus judicem recusare queant, prout colligi potest ex ijs, quæ late post alios tradit *Maranta de ord. judic. p. 4. distin. 9. n. 89. & seqq.* cum superflua non præiudicare debeant agenti, nec abvndans cautela nocere, *l. testamenta, C. de testam. l. quæ extrinsecus, ff. de verb. oblig. l. non solent, ff. de regulis juris, Clem. sæpe, de verb. signif.* nec supervacua mereantur effectum, *l. juris gentium, §. sed si fraudandi, vbi Bald. nu. 2. ff. de pact. fu. a. l. testamenta, & ibi not per Dd.* eoque nec præstent impedimentum, *c. non præstat, de regul. jur. in 6.* Esse autem tex. *d. l. un.* de recusatione in instantia posteriore intelligendum, recte sentiunt *gl. & Dd. ibid.* ac vel inde patet, quia de posteriore saltem instantia, caussaq; appellationis illic Iustinianus agit: super adhuc ante ipsius ætatem juris erat apertissimi, judicem datum in priore instantia recusari posse, *l. apertissimi, C. de judic.* Quarto, tex. *d. l. ut. enim, C. de procur.* ubi Imp. vtriusque instantiæ mentionem faciens, asserit exceptionem militiæ opponendam esse, antequam primum actor litem contestetur: Primum vero non nisi respectu secundi diei solet, *l. si a primo, ff. de lib. & post Jas. in l. hæc verba, n. 10. ff. de lega. 1.* Vnde necesse est, in caussa appellationis secundo litis contestationem fieri. Quinto vel ex eo dilucide confirmari potest, quia in caussa appellationis a definitiva vtraque parte præsente ordo judiciarius est observandus, *tex. ad hoc not. in c. ex literis, de in integ. restit. Rot. decis. 4. t. de appell. in novis: Colligitur etiam ex c. oblata, §. si vero, & § fin. de appell. & ex c. vt super. in princ. de appellat. in 6. deniq. ex Clem. dispendiosam, de judic.* vbi disponens Pōtifex, ne in caussis illic enumeratis ordinis judiciarij necessario sit observatio, statuit, vt de cœtero in illis, etjam cum per appellationem pendent, ac proinde in posteriore instantia, procedi valeat simpliciter ac de plano, sineq; strepitu & figura judicij: Vnde ne dispositio illa sit inanis & frustratoria respectu negotiorum per appellationem pendentium, necesse est, regulariter in caussis appellationem ordinem juris esse servandum. Litis autem contestationem constat esse præcipuum ordinis judiciarij membrum, sine quo processus minime subsistat: eoq; nemini dubium esse potest, litis contestationem in judicio appellationis à definitiva, dummodo sit vtraq; pars præsens, esse necessariam. Quin tanto magis requiretur coram judice appellationis, cum etiam coram judice nullitatis principaliter intentatæ sit opus litis contestatione, *pro qua sententia plures allegant Vantius de nullit. tit. quot & quib. modis nullitas, n. 24. 25. & Gaill. lib. 1. observ. 77. nu. 3.* Sexto, Quia regulariter lite in judicio nondum contestata, non est ad caussæ definitionē procedendum, *patet. ex rub. & t. t. vt lite non cont.* Cum igitur in judicio appellationis à definitiva, quod est à priore diversum, sit ad caussæ definitionem procedendum, *l. eos qui, C. de appellat. d. c. oblata, d. c. per tuas, cum simil.* reperiatur autem contumacis absentiæ casus tantū exceptus, *d. c. per tuas*, utiq; præsentib. litigatorib. nō abiq; nova litis cōtestatione procedere licebit. Septimò: Quia litis cōtestatio necessaria fuit in priore instantia, super negotio principali, *c. dudum, 54. de elec. c. unic. de lit. cont. cum simil.* Itaq; requiretur etiā in judicio appellationis à definitiva, *per ea quæ ex l. 1. insi. an per aliū caussa app. post interpretes alleg. aliquoties annotavimo.* Tandē suffragatur interpretū nota theorica, quod licet casu quopiam procedatur lite nō cōtestata parte absente, tamē quando est pars utraq; præsens omnimodo litis cōtestatio requiratur, *gl. in c. per venerabilē, verb. nō servatum, per*

per tex. ibi d. cum qua transit ibi Panorm. dicens bene notandam, qui si ij sint legitimi, Bald. in auth. si omnes, n. 5. C. si minor. ab hæred. & in auth. qua in provincia, n. 3. C. ubi de crim. agi opor. & illam gloss. Dd. communiter *sequi testatur Decius commendans eandem in d. c. per tuas, nu. 3. licet ipse perperàm contendat, eam in caussa appellationis non obtinere.* Et hæc quidem sententia in Camera Imperiali omni dubio caret, propter expressam dispositionem Ordinationis in omnibus caussis appellationum litis contestationem exigentis *p. 3. t. 32. §. 4. Gaill. lib. 1. obseruat. 76. num. 4. Minf.*
17 *cent. 1. obseru. 1.* Quin etiam † procedit illa, non modo quando pars vtraq; præsens est, sed etiam cum altera citra contumaciam abest, *Rot. decis. 1. num. 1. t. de litis cont. in nouis.* Nec immeritò, siquidem nimis durum foret, altero justissimis de caussis absente, ac propterea nec jura sua proponere valente, judicem appellationis nihilominus procedere, & ab vna parte caussam dirimere. Et cum in casu tantum contumacis absentiæ loquatur *d. c. per tuas, & d. l. vlt. §. illud,* consequens est, in casu absentiæ non contumacis dispositioni textuum illorum locum esse minime posse, concurrente præsertim rationis diversitate, cum absenti non contumaci culpa nulla possit imputari, contumacis autem culpa delictoque fiat, quo minus lis contestetur, *d. c. per tuas.* Deniq; militant hoc casu omnia ferme fundamenta, quæ pro sententia hactenus confirmata adduximus. Limitatur
18 † tamen præcitata sententia, vt non tam præcise litis contestatio requiratur in judicio appellationis, sicut in priore instantia, sed partes expressa conventione, vel etiam tacite, procedendo scilicet in caussa appellationis sine litis contestationis interventu, possint litis contestationem remittere, valente nihilominus toto processu & judicio appellationis atq; sententia definitiva: *Ita sensit Baldus in l. unic. n. 10. C. ne lic. in una eademque causs. Bald. in l. ult. §. ult. n. 1. C. de temp. appellat. refert. Alex in add. ad Bart. in d. l. vlt. §. illud. & pro singulari notat Lud. Roma. singul. 572. Philipp. Franch. in d. c. per tuas. Socin. regul. 233. Paris. in add. ad Bart. in auth. offeratur, nu. 13. C. de litis cont. Brederod. de appellat. p. 2. t. 30. sub rub. an necessaria sit litis contestatio, dicens, Dd. ita communem sententiam interpretari: & sub rub. an libellus & litis cont. requiratur in processu appell. vers. quintus casus. Covarr. in d. c. Raynald. §. 2. num. 1. de testament. dicens ita sustineri posse sententiam Decij & aliorum litis contestationem in caussis appellationum à definitivis non requiri statuentium, prout hac etiam ratione videtur accipiendum, quod tradit Minsing. cent. 1. observ. 1. & 38. Gaill. lib. 1. obseru. 70. nu. 5. VVesenb. consil. 6.* Nec ab hac sententia facile recedendum fuerit, cum satis probabiliter sustineri posse videatur, primò. per tex. *l. vlt. §. vlt. C. de tempor. appell.* vbi validam vult. Imp. esse conventionem partium, appellationis fatalia remittentium: textus insuper *in auth. si tamen C. d. t. & in Clem. quam diu, de appellat.* vbi compromisso à partibus inito fatalia prosequendi remissa intelliguntur, quam diu durat illud. Atqui fatalia non minus quam litis contestatio, processusque judiciarius, ad validitatem judicij appellationis necessaria sunt, cum appellatio ijs elapsis protinus extinguatur, vt vel ipsum nomen indicat, *l. tempora, & auth. ei qui, l. vlt. C. de tempor. appellat, c. cum sit Romana, de appellat. ubi Dd. & in l. properandum, in princ. C. de judic. & in c. ex ratione, de appellat.* atq; adeo de forma appellationis, esse dignoscuntur, vt ijs non observatis nec forma rei dicatur observata, *l. scire oportet, §. consequens, ff. de excusat. tut. & auth. quæ supplicatio, ubi Bald. nu. 8. Salic. Castrens. num. 2. & Jason. n. 5. C. de precib. Imp. offer. Bald. in l. observare, 4. §. ult. num. 7. ff. de offic. procons. & in auth. qui semel. n. 17. C. quom. & quando judic. Felin. in c. cum dilecta, num. 6. vers. octavum signum, ff. de rescript. Jas. ad rub. C. qui admitt. nu. 6.* forma inquam, non ea quidem pro-

prie

pris dicta, *Castrens. in d. auth. quæ supplicatio*, quæ tum á cœteris caussis, tum à solennitatis caussa contra distinguitur, *Bolognet. post alios in l. nemo potest, num. 275. ff. de legat. 1. & ad rub. ff. de noui oper. nunc. num. 28. & 30.* sed large, quatenus omnia requisita, & inprimis solennitates ad actum jure nostro necessarias suo sub ambitu coercet, *Bolognet. loc. rel.* Qua significatione frequentissime vsurpari consuevit in jure, prout ita sumitur *in §. sed prædicta, inst. de testam. ordin. l. testandi, C. de testamen. l. quidam decedens, ff. de admin. tut. d. auth. quæ supplicatio, d. c. cum dilecta, ubi Dd. de rescript. & alibi passim.* Imo hanc esse significationem, quam semper Dd. vsurpare soleant, testatur *Bolognet. in d. l. nemo, num. 275.* Itaque litis etiam contestatio in caussa appellationis partium conventione remitti poterit: tum, quod plus esse videtur, remitti fatalium observationem, quæ sunt inducta sententiæ prioris eo facilius confirmandæ, litisq; celerius expediendæ gratia, *d. l. vlt. & d. auth. ei qui, utrobiq. not. per Dd.* ut proinde isthac remissione detur occasio differendi lites, contra *l. properandum, in princ. ubi Dd. C. de judic. l. litib. C. de agric. & censit, lib. 11. c. finem litib. c. venerabilis, de dolo & contum. c. jurgantium, de re judic. Panorm. in c. 1. nu. 11. 12. de libel. obla.* cum è diverso litis contestatio magis ob judiciarium processum in posteriore quoq; instantia servandum, de cuius esse substantia perhibetur, licet abesse quandoq; possit, *auth. qui semel, C. quomodo & quando jud. c. cum caussam, de dolo & contumac. c. per tuas, de appellat.* requiratur, quam ut eius interventu controversia citius dirimatur, siquidem ex litis contestatione & actis prioris instantiæ, præsertim utraq; parte appellationis caussam disceptante, usq; adeo de caussæ meritis liquere judici potest, ut ad definitiuam omnimodo procedere valeat, *d. c. per tuas.* In exorbitantibus autem, quoties quod plus est, permittitur, etiam quod minus est, permissum esse censetur, *tex. elegans in l. nec in ea, §. jus occidendi, ubi Bart. ff ad leg. Iul. de adulter. c. cui licet, de regul. jur. in 6. l. non debet cui, ff. de regul. jur. Glos. not. in l. 2. ubi Dd. C. de patrib. qui fil. distrax. Tradit post alios Ioan. de Imol. in l. si vero, §. de viro, num. 13. & 17. ff. solut. matrim. Euerh. in loc. à ratione legis larga, num. 11. & 43. fac. quod notat Crauet. consil. 620. num. 4. vers. idq; lo. um, volum. 4.* Tum, quod propterea remissionem valere voluit Imperator, ut per eam legis austeritas mitigetur, *d. l. vlt. §. vlt.* Ad eundem plane finem tendit remissio litis contestationis in judicio appellationis à partibus præsentibus facta, ut ex prædictis constat, ac vel maxime ex *c. interposita, in fin. de appellat.* Quando autem vel maior vel eadem ratio expressa in dispositione subest utroq; casu, solet id quod peculiariter sive contra jus commune in vno reperitur dispositum, etiam obtinere in altero, *ut post gloss. in Clem. 1. verbo, eligatur, de elector. quæ ad hoc semper allegari consuevit, tradit Bald. in auth. quas actiones, numer. 4. Castrens. num. 8. Jas. num. 22. C. de sacrosanct. Eccles. Cuman. in l. cum mulier, & in l. si vero, §. de viro, vbi Castrens. numer. 1. ff. solut. matrim. Alexan. in l. si constante, in princ. num. 5. ff. solut. matrim. Panorm. in c. vlti. num. 10. de rescript. Plures tam Dd. quam textus citat Euerhar. in d. loco, à ratione legis larga, num. 18. & seqq. Joann. Bolognet. in l. omnes populi, num. 235. vers. limitatur non procedere, ff. de justit. & jure.* Quinimo licet in expresso casu ratio nominatim assignata promtior esset, quam in casu non expresso, nihilominus idem juris in hoc, quod in illo fore, *per l. unic. C. de his qui ante apert. tab. tradit Ioan. de Imol. in d. §. de viro, numer. 18. & Euerhar. d. loc. num. 44.* Deinde cum ex *d. c. per tuas, cum similib.* constet, quoties in secunda instantia partium alterutra contumaciter abest, quantumvis alijs comparenti remedijs alioqui contra contumacem sit prospectum, nihilominus valere processum ad definitiuam, etiam sine litis contestatione: idque propterea, quod & per litigatoris culpam stet, quo

quo minus lis contestari queat, & in priore instantia lis contestata fuerit super eodem negotio principali, vt de meritis caussæ liquere posiit, *prout utrumq; dare designatur in d. c. per tuas*, utiquè pari ratione statuendum fuerit, valiturum processum in secunda instantia sine litis contestatione, quando suo consensu partes eam remiserunt, *per not. in argumento præcedenti, Paris. & per eum adducti consil. 83. num. 22. & 23. vol. 3.* siquidem hic etiam concurrunt illa duo, quæ sola conjunctim pro ratione decidendi videntur assignari posse, quæq; pro ratione coniunctim reperiuntur adducta in *d. c. per tuas*, quia nempe lis in priore instantia fuit contestata, & ipsorum litigatorum quadam negligentia sive culpa fit, quo minus lis in posteriore instantia contestetur. Quib. accedit, quod hic agitur de extentione non ad alias personas, sed inter easdem personas, videlicet ipsos litigantes & judicem, ab vno casu ad alterum, cui eadem subesse ratio depræhenditur, producenda: quam in exorbitantibus omnimodo procedere sive admitti patet ex *gl. l. unic. verb. in liberos, C. de his qui ante apert. tab. traditq. præ cæteris Ioan. de Imol. in d. §. de viro, nu. 18. Euerhar. d. loc. nu. 44.* Insuper hic sumus in favorabilibus, & ex humanitate inductis, vt legum judicium appellationis propter omissam quandam solennitatem vitiantium austeritas mitigetur, *d. l. vlt. §. vlt.* & caussæ perplexitas, quæ procul dubio subsequi posset, si rigor juris nullatenus remitteretur, evitetur, *c. interposita, in fi. de appellat. ubi Dd. Gail. lib. 1. observ. 75. num. 6.* adeoq; publica quodammodo promoveatur vtilitas, quatenus publice interest, lites celerius finiri, *l. properandum, in princ. C. de judic. cum simil.* In talibus vero, licet exorbitantibus, non modo inter easdem, sed etiam ad alias personas extentionem fieri posse propter eandem rationem vtrobique subsistentem, censet *gl. in l. illud, verb. alia caussa & in l. vlt. verb. captivori. C. de sacros. Eccles. & in l. si contestante, verb. mariti, ubi Bart. n. 45. & not. Alex. n. 5. vers. item Bart. hic, ff. solut. matr. Joan. ab Imol. in d. l. si vero, §. de. viro, nu. 19. ff. solut. matr. Euerh. d. lo. nu. 50.* & generaliter etiam in exorbitantib. cum subest eadem ratio, extensionem fieri, si dispositio sit favorabilis, tradit post *tex. & gl. in c. cum dilecta, verb. similitudine, de confirm. util. Bologn. in d. l. omnes pop. num. 135. vers. & generaliter, ff. de iust. & jure.* Tandem videtur astipulari tex. *d. l. vlt. §. illud, C. de tempor. appel.* quando perhibetur, hoc speciale privilegium eius esse, qui appellationi examinandæ præsidet, posse & ex vna parte caussam dirimere: Cum enim judicis hoc esse privilegium dicatur, nihilominus partibus præsentibus litis contestatio necessaria sit, consequens est, eam in judicio appellationis requiri non propter judicem, quippe qui vel sine illa vigore privilegij sui caussam dirimere potest, nec vtilitatis publicæ gratia, alioqui non magis privilegium dirimendi caussam ex vna parte fuisset instantiæ secundæ indultum, quã primæ, sed principaliter favore partium, vt litis contestatione solennique processu caussæ merita diligentius aut evidentius deducant, ac proinde formæ sive solennitati pro se principaliter & ad vtilitatem suam introductæ litigantes renunciare posse, *l. si quis in conscrib. ubi Dd. de pactis, c. dilecti, de foro compet. l. 1. ff. si quis in jus vocat. non ir. cum simil. Dd. in c. si diligenti, de foro compet. & in l. jus publicum, ff. de pact. Panor. in c. vlt. §. is autem, nu. 2. de offic. deleg. Felin. in c. cum dilecta, n. 6. vers. limita hac, de rescript. Bologne, in l. nemo, num. 278. ff. de legat. 1. & in l. 1. in princ. num. 33. ff. de verb. oblig.* Quæ quidem renunciatio tanto facilius hic admittenda, quod ex litis contestatione, actisque cœteris prioris instantiæ judici appellationis facilius de statu meritisque caussæ liquere potest, id quod judici primæ instantiæ ante litem contestatam deest, *d. c. per tuas, ubi Dd.* Nec tamen

ista sufficient, nisi difficultates, quibus confirmata sententia urgetur,
19 amoveantur. Ne † quis hanc remissionem ideo cum *Salicet. in d. l. un. n. 4. C. ne in una eademq. causs.* non valituram autumet, quia litis contestatio est de substantia processus iudiciarij, prout antea notatum. Quod vero de substantia processus est, tolli ne quidem statuto vel dispositione principis potest, nisi tollatur simul ipse processus, *§. constitu tur, vers. ergo inst. de usufr. l. 2. ff. de usufr. ear. rer. & not. in c. 2. per tex. ibi: de consuet. in 6. l. Iulianus, §. sed etsi quis, ff. ad exhib. Soc. in c. nn. n. 8. in addit. de lit. cont. Fac. not. per Castr. in l. cum hi. §. si prætor. n. 4. ff. de transact. Rot. de ij. 6. n. 2. 1. de consu. 1. in antiq. Bologn. in l. ut mu, n. 3. ff de lega. 1. & ad nob. n. 2 ff. de lib. & post. Theob. Nonius in princ. n. 40. inst. quib. mod. re contr. oblig.* Namq; si maxime cæteris in substantialibus id concedendū foret, minime tamen in requisito solennitatum, quæ cum rei alias subsistenti tantū maioris perfectionis gratia a iure ciuili addantur, & eoq; iuris ciuilis seni in totum, *§ sed cū paulatim, inst. de t. sta. ord. cum simil.* merito salva re permanente rursus adimi, præsertim iuris dispositione possunt, *l. nihil tam naturale, ff. de reg. jur. l. 1. ff de milit test. Bolog. post alios in d. l. nemo, n. 90.* Litis vero contestatio modo solennitatem quandam concernere videtur, *Inno. in c. un. ubi Bert. So. in d. add. ad Maria. n. 8. de litis cont. Panor. in c. in causs. n. 3. ubi not. per Fel. n. 1. & 2. de re jud. & per Mari. So. in c. quon. freq. nu. 25. ut lit. non cont. & in c. 1. n. 29. 30. & 31. de l. bel. ol. la. & per Iason. in l. 1. n. 8. & 9. ff. de consl pr. Ga. ll. ii. 1. obs. 75. n. 7.* Cum de caussæ meritis & controversiæ statu possit ex qualicunq; narratione caussæ & responsione cogrua constare, quod iure gentium sufficit, *Clem. sæpe, ubi not. per D. l. de V. S. Fac. tradita per Dd. lo. modo rel & patet ex ad. nctis in exerc. 4. n. 3.* Itaq; cū satis iure ciuili, si nō verbis expressis, certe sententia legum, *l. nominis, ff. de V. S.* docuerimus esse permissum litigatoribus, in processu secundæ instantiæ litis contestationē remittere, utiq; sublata isto casu litis contestatione processus minime tolletur, *per prædicta.* Deinde † etiamsi 20 simpliciter admitteretur, litis contestationem esse non tantum de solennitate, sed vere de substantia processus, tamē difficultas evitari posset, respondendo eam procedere in ijs demū, quæ ut caussæ necessario concurrunt & requiruntur ad essentiā rei constituendam, prout *d. §. constituitur,* & *d. l. 2.* loquuntur de caussa materiali, in qua usufructus est constituendus: *d. c. 2.* loquitur de causa formali appellationis ut ab inferiore judice fiat ad aliū superiorem: non autem eo casu, quando quæ dicuntur esse de substantia, nō ut causſæ ad totū essentiale, sed ut partes integrales ad integrum quodda, sive totum integrale constituendum, atq; complendu concurrunt. Tunc enim una vel altera partium, quantumvis de substantia totius sint, nec salva substantia totius ex juris dispositione abesse queant, nihilominus demi sive detrahi possunt ipsi toti per legislatorē, modo fuerit illud jure positiuo inductum atq; constitutū, ut patet ex *d. l. fi. § fin. C. de temp. appel. auth. qui semel, C. quom. & quan. jud. l. causſ. im quæ. de dolo & contu. juncta l. nihil tam naturale, ff. de reg. jur.* inprimis vero ex ratione diversitatis, quia licet unum aut alterum substantiale membrū totius alicuius tollatur, tamen causſæ residui totius essentiā constituentes adhuc in residuo toto subsunt atq; subsistunt, imo in cæteris omnibus partibus sua cuiq; parti substantialia requisita nihilominus adsunt, ut merito legislator jus potiuū, quo totum illud antea sic inductū fuit, ne sine mēbris ei pro substantia deputatis valeat subsistere, mutare possit eidē toti partē unam aut alteram pro substantia jure positivo datā vicissim detrahendo atq; disponendo, ut totū illud nihilominus validum remaneat, integrā & absolutam habeat essentiā, etiamsi pars illa, quā jussit abesse, desit, prout ab initio quoq; totum illud sine eadem parte integrum & completum, quo ad suam essentiā dispositione legis constituti potuisset. Secus in causſis essentiam totius rei constituentibus, quarum quæcunq; tandem deficiat,

ficiat, necesse est effectum ipsum sive quod ex illarum caussarum mutuo & necessario concursu cōstituitur, omnino impediri sive deficere, cum coeteræ sine hac rē constituere nequeāt, quippe quæ omnes demū conjunctim producunt rem in esse, nō autem quod ab alijs caussis rite dispositis atq; cōcurrentibus constituitur, solummodo cōplent, ut partes integrales, *d. l. 2. d. §. constituitur, cum sim.* Sic igitur litis contestatio erit quidē de substantia processus judiciarij ex dispositione juris ciuilis, quod processum sic induxit, ut sine litis cōtestatione sit nullus & invalidus, nec subsistere valeat, *c. un. de litis cont. c. dudum, 54. de elect.* non tamen est caussa ad essentiā processus constituendā necessaria, sed integralis modo pars eius, ut alij plures substantiales actꝰ solennis processus, eoq; legislator, qui potuit ab initio processū integrū & validum absq; litis contestatione constituere, statuendo sufficere qualēcunq; responsionē caussę merita concernentē, unde liqueat controversiæ statꝰ, poterit etiam litis contestationē processui detrahere, nihilominꝰ disponendo, ut saluus & integer quo ad substantiā & validitatem suam processus remaneat, *per prædicta: fac. l. si quis in pr. 22. ff. de leg. 3.* Quin etiam dici potest, in ijs obstare modo difficultatē, quę non tantum ciuilis, verumetiam naturalis ratio pro substātia rei inducit atq; requirit, *ut patet ex verbis d. l. 2. & d. §. constituitur.* Sic eadem ratio naturalis dictare videtur, non posse ab eodem ad eundē appellationem interponi, cum vel ipsum nomen indicet, esse provocationē ab uno judice gravante ad alterum superiorē, *ut in d. c. 2.* Litis vero contestationem non requirit pro substantia judicij ratio naturalis, cum sufficiat eius loco de jure gentium qualiscunq; narratio caussæ & responsio, dummodo congrua, ex qua de cōtroversiæ statu cōstet, sed ratio saltem ciuilis, eoq; plane juris ciuilis est, ac per consequens contrario jure ciuili tolli potest, salvo nihilominus & integro remanente processu, *d. Clem. sæpe, juncta d. l. nihil tam nat. & §. sed agnationis, vers.* *quia ciuilis, inst. de legi. agn. tut. d. l. si quis in prin. d. auth. qui semel, cum siml. Dd. in d. c. in caussis, de re jud. Gail. l. d. obseru. 75. n. 6. 7.* Minus officiet, si publica utilitas urgeatur, cuius gratia litis contestatio fuerit inducta, *Panor. in c. 1. n. 11. & 12. de libel. obla. Rot. deci. 4. 1. de litis cont. in novis. Vantius de null. t. de null. sent. ex defec. processus, n. 12.* Nec enim tantopere in secunda instantia, sicut in prima præjudicium utilitatis publicæ quo ad litis contestationem est in consideratione, alioqui appellationis caussa non obtinuisset privilegiū, ut ab una parte sive litis contestatione dirimi queat, prout in casu non dissimili recte respondet etiam *Mara p. 6. t. de appel. n. 227.* Accedit quod antea mōstravimus, esse dispositioni juris omnino consentaneum, ut processꝰ appellationis remissa per partes litis contestatione valeat. Sed ubi lex disponit, actū casu quopiam valere, etiā sine eo, quod utilitatis publicæ gratia ad illiꝰ alioqui validitatē exigitur, subsistit actus nō obstante publicę utilitatis præjudicio, *Feli. in c. cum dilecta, n. 7. de rescr. & Bologne. in d. l. nemo, n. 2. 79. ff. de leg. 1. Satis etiā constat ex eo, quod post alios à se relatos tradit idem Feli. in d. c. cum dilecta, n. 11. vers. limita regul. 1.* Quin ex fundamentis confirmandę sententiæ subjectis manifestū, remissionem litis cōtestationis in secunda instantia nō officere utilitati publicę, potiꝰ eam promovere: magisq; propter utilitatē partiū in judicio appellationis novā desiderari litis contestationē, licet in prima instantia publicam propter utilitatem potissimū requiri videatur, *Panor. d. c. 1. n. 11. Rot. d. decis. 4. Vant. lo. rel.* Postremo non est, quod vereamur, ne incauti recidamus in Ioa. And. Decij & asseclarū sententiam antea reprobatā, cum permissa partibus facultate remittendi litis contestationē, nō videatur ampliꝰ ea in judicio appellationis à definitiua necessaria, siquidem sive expresse remittatur, non erit opus ea: sive non remittatur expresso cōsensu, valebit nihilominꝰ processꝰ, quia partes procedendo sine litis cōtestatione, censentur eandē tacite remisisse, *c. gratū de offic. deleg. c. cum venisset, de testi. c. 1.*

§. 1.

§. 1. de juram. calum. in 6. ubiq; not. per Dd. Nihilominus enim est omnimodo necessaria litis contestatio in judicio appellationis a definitiua, quoties tacitus vel vnius vel utriusq; partis consensus deficit, ut inprimis evenit, quando pars excipit de lite non contestata, *gl. in c. si tantum, §. in nullo, verb. expressim, de rescript. in 6.* aut protestatur, quod omitti litis contestationem nolit, *per ea quæ traduntur in l. non solum, §. morte, ff. de novi oper. nunc.* vel citra contumaciam abest, *Rot. decis. 1. num. 1. de litis cont. in nov.* cum ex parte absentis nihil interveniat, unde tacitus eius consensus præsumi queat, *l. 2. ubi not. per Dd. ff. de pactis, d. c. gratum, cum simil.* Vsque adeo vero necessaria, ut litis cõtestatione nec tacito partis utriusq; consensu, nec expresse remissa, processus sine illa factus sit invalidus & nullus. ut senserunt pro hac sententia superius allegati, & tradit expresse *Bald. in auth. qui semel, nu. 12. C. quomodo & quan. judex, Brederod. d. 1. 31. versi. appellationis à sententia.*

EXERCITATIO SEXTA.

De jure venandi vel aucupandi in alieno fundo, & similibus, quando non sint servitutes reales.

SVMMARIA.

24. *Iura personalia possunt ita concedi, ut in effectu ferme tantum operentur, tamq; diu durent, quantum operantur, quamq; diu durant, servitutes prædiales.*

25. *Nec modo primis successoribus, sed & ulterioribus concedi possunt.*

26. *Universitati si concedantur, non ad centum annos modo, sed in perpetuum concessa intelliguntur.*

SVnt inprimis consuetudine receptæ in Germania quæpiam servitutes innominatæ sive jura, quorum Zasius crebro meminit, ut in *§. aquæ, n. 24. inst. de action. & lib. 1. singul. respons. c. 11. & cons. 6. n 30. lib. 2. Mynsing. in § inter rusticorum, n. 6. inst de seru. Gail. lib. 2. obs. 66. n. 1. & 2.* puta, jus venandi vel aucupandi in fundo alieno, piscādi in flumine alterius, cœdendi ligna ex sylva vicina, & similia. De his pulchra movetur quæstio, sintne servitutes reales? Negatiuam quidem sententiam tenuit *gl. in l si quis vnus, ubi Castr. n 3. ff. de vsufr. & in l. ut pomum, ubi Bart. Bal. Florian. Castr. Fulgos. & Corasius, ff. de seruit. & in l. pe oris, ubi Dd. ff. de seru. rust. præd. gl. Bart. & Dd. in l. Mela, § fin. ff. de alim. lega. & in l. apud. Iulian. §. si quis aliam, ff. de legat. 1. Dd. a Irub. C. de vsufr. Alex consil. 18. vol. 5.* communem & veram *dicit Cæpolla de seru t. rub. c. 2. n. 8.* Communem *quoq; perhibet esse Zas. d. c. 11. ante numeros, & Coras. ad rub. nu. 28. ff. de seruit. nec non Gail. d. obseru. 66. n. 1.* Contra contendit esse servitutes prædiales, atq; adeo consuetudine Germaniæ id prævaluisse testatur *idem Zasius d. c. 11. & in d. §. aquæ, nu. 24. & post eum Gail & Mynsing. loc. rel.* Verum quod priscos ICtos fecisse animadvertimus, ut in huiusmodi quæstionum dijudicatione attenderent potissimum, prædio sit attributum jus, an personæ modo promissio facta, *d. l. si quis vnas, d. l. pe oris. l. Lucius, ff. de seruit. rust. l. fin. §. fin. ff. de contrah. emt. d. l. Mela, §. ult. ff. de alim. lega. cum simil.* hoc in præsentia faciundum opinor, quo facilius ex interpretū varijs hac in parte disceptationibus emergere, nec nō accuratiorem controversi problematis determinationem consequi liceat.

1 Quoties igitur † jura illa personis ipsis cōcessa sive quæsita fuerunt, absq; prædij seu fundi sive loci cujusdam dominantis respectu, tunc procul dubio verum, quod communiter traditum reperitur, ea non esse servitutes prædiales, *jurib. modo rela.* Hæ namq; pro sui substantia fundum dominantem requirunt, cui constituantur, & acquirantur, *tex. in §. ideo, inst. de seru. l. 1. ff de seru. l. si domus, l. hoc quod, §. si ex trib. l. si quis ædes, l. si ædes. ff. de seru. urb. l. certo generi, l. via constitui, §. si fundus, & §. ult. ff. de s. ru. rust. l. 1. ff. communia prædior.* quod cum hic desit, necesse est, ob defectum præcipui servitutum requisiti, jura isthæc saltem esse personalia, *per prædicta.* Quocirca videmus gl. *in ll. præcitatis*, eiq; subscribentes interpretes, dum negant, esse prędiales, ferme semper eum nominatim exprimere casum, quo constat, illa jura non prędio, sed personis modo quæsita fuisse, puta, si concessio sit facta non habenti prædium, vel ut emolumentum in quemlibet fundum, prout vsurpanti libuerit, redundet, *l. Lucius, ff. de seruit. rustic. prædior.* Neq; crediderim Zasium eis hac in parte contradicere, cum non modo rationes, quibus ille nititur, id evincant modo, isthæc jura omnino servitutibus realibus accensenda esse, quando ipsi loco licet vniversali, & occasione sive ratione loci demum personis illic habitantibus concessa fuere, sed ipsemet etiam sententiam suam ita restringere videatur *in parat. ff. de seruitut. num. 24. & 25.* Præcitata quidem conclusio per sese manifesta, extendenda primò † procedere, etiamsi concessa fuerint, non modo acquirentibus, verum etiam successoribus, *l. stipulatio ista, §. sed et si quis, ff. de verbor. obligat. l. antiquitas, C. de vsufruct. & est de mente Dd. loc relat.* Probatur *per d. l. si quis vnas, cum simil.* 2

sup. cit.

sup. citatis, quibus evidenter extruitur, non esse prædialem servitutem, quoties non prædio quicquam, sed ipsi personæ conceditur: At cum successori quoq; jura, de quibus agimus, conceduntur sine prædij dominantis respectu, negari non potest, personis duntaxat esse factam concessionem. Adde quod servitus realis non ex eo legibus nostris æstimetur, quatenus acquirentis etiam successoribus competit, prout alias quandoq; jus reale perhiberi consuevit in legibus nostris, *l. maritum, cum l. seq. ff. solut. matri. l. privilegia, ff. de reg. jur. c. privilegia, de regul. jur. in 6. Cravet. cons. 929. nu. 32. & seqq. vol. 5.* sed quia rei debetur, nec personæ, nisi ratione rei, cui per sese quæsita, competat, *§. ideo, inst. de servit. l. 1. ff. de servit. cum simil. Cravet. lo. rel.* Hinc jura personis per sese competentia remanent personalia, quantumvis ad personas, successorem conventione partium velut extendantur, vel potius multiplicentur, *d. l. antiquitas, d. l. stipulatio ista, §. sed & si quis, & utrobiq; not. per Dd.*

3 Ampl. 2. etiamsi toti alicui familiæ concessa fuerint & quæsita: Quamvis enim familia diutissime propagari atq; conservari soleat, & ita in effectu peræq; diu durare queant, atq; si loco ipsi constituta fuissent: quia tamē familia nihil aliud est, quam multitudo sive collectio plurium personarum ab eadem origine, communique parente provenientium, *l. pronunciatio, 195. in fi. ff. de verb. signif.* ac proinde personis etiamnum, non fundo sive rei quæsita fuerunt, satis hinc, opinor, liquet, imo tam ex legibus, quam rationibus, quibus communis sententia nititur, necessario consequi videtur, ea servitutes reales esse minime posse, ob defectum præcipui requisiti. Nam quod Zasius in contrariam sententiam inclinans *in §. æque, nu. 27. inst. de actio.* Ciceronis autoritatem adducit, qui alicubi totos populos fundos appellet, vereor, ut figurata oratoris locutio in accurata differendi ratione, quam ICti præ cæteris tantopere sectantur, toleretur. Quid si hominem unicum, fretus oratoria licentia, prædium figuratæ nuncupasset, num propterea jus personæ quæsitum servitus esse prædialis poterit?

Ampl. 3. etiamsi communitati cuipiam sive universitati tributa & acquisita sint: *ita notabiliter præ cæteris Parisius cons. 27. n. 152. vol. 1.* tum, quod illa fundi locive notione veniri sive contineri nequeat, cum sit nihil aliud, quam hominum quadam juris communione sociata multitudo, *ut not. in l. rub. & l. 1. ff. quod cuiusq; universit. & in l. Neratius, 85. ff. de verb signif. Lud. Roma. consil. 400. n. 4. consil. 436. n. 3. Bodin. de repub. lib. 3. cap. 7. in pr.* Proinde quæ in præcedentibus allata, similiter hic obtinent. Tum, quod vsusfructus non nisi personæ servitus esse queat, *l. 1. ff. de servit. l. si quis unas, ff. de usufr.* quem universitati, quatenus universitas, competere posse, juris est indubitati, *l. si usufr. ff. quib. mod. vsusfr. amit.* Quod igitur vniversitati simpliciter & per se, quatenus est universitas, tribuitur non ratione loci, utiq; non realibus propterea juribus, sed personalibus annumerandum erit. Tum, quod universitas appellatione personæ non quidem stricta sed larga contineatur, ut quæ circa personas disposita reperiuntur, ea regulariter etiam ad universitatem trahenda sint, *l. mortuo, ff. de fidejuss. l. juncta l. nihil. ff. ad Maced. gl. in l. 1. verbo, personas, post tex. ibid. C. de jurisd. Bald. ad rub. C. ad SC. Trebell. ubi Barbat. in add. Lud. Roma. consil. 195. n. 3. cons. 400. n. 3. & cons. 436. n. 2.* modo non simus in materia exorbitanti & correctoria, *Lud. Rom. d. consil. 400. n. 4.* 4

Ampl. 4. etiamsi quæsitum jus non tam personæ quam prædij commoditatem sive utilitatem immediate soleat concernere, *tex. ad hoc not. in d. l. Lucius, ff. de servit. rust. prædior. & sensere Dd. ibid.* Conceditur illic aquæductus, quem constat inprimis prædio cōducere, *l. 1. §. illud quæritur, ff. de aqua quot. & æsti.* ut etiam jure veteri fuerit indubitatum, prædialibus eum subesse servitutibus, *l. 1. ff. de servit. rust. & in pr.* 5

inst. de seruit. Nihilominus quia certo
prædio concessus non fuit, personalis
esse statuitur, d. l. Lucius. Idem suadet
l. 1. §. preterea, Labeo, & §. & datur, ff. de
aq. quot. & æsti. Nec obstat, quod Pau-
lus ait in l. veluti, ff. de seruit. rust. præd.
non esse dubitandum, quin seruitutes
prædiorum sint, quæ caussam fundi
meliorem faciunt. Quamvis enim ne-
gari vix possit, servitutes prædiales
usq; adeo concernere utilitatem præ-
diorum dominantium, ut cõstitui ne-
queant, nisi caussam prædij meliorem
faciant, d. l. veluti, ubi gl. not. verbo, quid
ergo, l. pecoris, ubi gl. verbo, consistat, & no-
tabiliter Castr. in utraq. lectura, l. ergo, ff. de
seru. rust. l. quoties nec, ubi Bart. & Castr. n. 1.
ff. de seru. l. si ædes, 37. cum l. seq. ff. de seru.
urb. præd. Bart. in l. 1. n. 2. ubi Dd. ff. de seru.
Cæpolla de seruit. urb. c. 2. n. 4. Francis. Con-
nan. lib. 4. comment. juris ciuil. c. 7. n. 1. &
c. 10. n. 1. & 2. Ioa. Superior ad rub. ff. de ser-
uit. n. 6 & in l. ut pomum, n. 2. ff. d. t. Cuiac.
lib. 24. obs. c. 22. Francis. Hotom. lib. 8. obser.
c. 20. Menoch. de retin. possess. reme. 6. n. 34.
& 43. Donel. lib. 11. comment. de jure ciuili,
c. 1. vers. hac utilitas, & c. 7. in pr. Crauet.
cons. 4. VVes. in parat. ff. de seru. n. 3. etiamsi
personis plurimum commoditatis al-
laturæ forent, tex. in d. l. ut pomum, ubi
Bart & Dd. ff. de seruit. Cæpolla d. c. 2. n. 8.
& 9. Conna. Hoto. Donel. & VVes. loc. rela.
VVesen. cons. 69. nu. 16. lib. 2. quia tamen
idem effectus pluribus è caussis habe-
ri potest, licet non eodem semper mo-
do, uti pluribus ex caussis cum acqui-
ri dominia, §. singolorum, cum seqq. inst.
de rer. diuis. t. t. ff. de acquir. rer. dom. tum
obligationes oriri videmus, l. 1. in pr.
6 ff. de obli. & act. nil mirum, † si commo-
ditas, quæ ab vno prædio successive
redundet in aliud, possit etiam sine
interventu servitutis prædialis habe-
ri sive comparari, non modo per ob-
ligationem personalem, ut est tex. ad
hoc insignis in l. fin. §. fin. ff. de contrah. emt.
& in l. Cajus, ff. de ann. legat. sed per ser-
vitutes etiam personarum, tum, quod
vsufructu simpliciter cõstituto, quic-
quid ex re serviente commodi percipi
potest, ad fructuarium pertineat, l.
vsufructu legato, l. item si fundi, ff. de vsu-
fr. percipit autem non exiguum emo-
lumentum, quando ex re serviente
prædio suo commoditas obvenit, l.
quoties nec, ff. de seru. & est tex. in d. l. ve-
luti, tum, quod is etiam uti dicatur,
qui tantum commoditatis in prędium
suum, quantum quidem opus est ad
illud, è fundo serviente recipit, l. via,
iter, inst. ff. de seruit. l. si partem, ff. de ser-
uit. rust. l. nam satis, cum simil. ff. quemad-
mod. seruit. amit. & notat etiam Donell. lib.
10. c. 1. vers. ad huius generis, tum, quod
ovium vsu concesso, ijs ad agrum su-
um stercorandum, §. sed etsi pecorum,
inst. de vsu & hab. l. plenum, §. sed si peco-
ris, ff. de vsu & hab. vtiq; armenti con-
stituto tam bobus ad arandũ agrum-
que subigendum, quam equis ad ve-
hendum sub jugo, vti queat vsuari-
us, d. l. plenum, §. sed et si boum, & §. equi-
tij. Isthæc vero cum in ipsum prędium
conferantur, quod ad fructum fe-
rendum hac ratione præparatur, sa-
tis inde constat, etiam servitutem per-
sonæ quadantenus ipsi prædio com-
moditatem afferre, eiusque caussam
quodammodo meliorem facere: quod
sensit etiam Donel. lib. 10. c. 1. in pr. & lib. 11.
c. 1. §. res servituti prædij, vers. quamvis
constituta sit. Sed & ratio diversitatis
inter personæ servitutẽ & prędialem
evincit, illam non esse tam ad vtilita-
tem personæ restrictam, sicut hæc ad
prædij commoditatem coarctata, l. er-
go, de seru. rust. Namq; prædialis ipsi
prædio constituitur & acquiritur, l.
non dubito, ff. de seru. l. si domus, l. si seruitus,
§. fin. l. si quis ædes, l. si ædes, l. & qui duas, ff.
de seru. urb. cum multis simil. non autem
homini, l. si mihi, §. fi. l. unus ex socijs, ff. de
seru. rust. cum simil. nisi secundario mi-
nusq; principaliter, quatenus ipsi prę-
dio non acquirere valenti, quippe in-
animato, atq; adeo nomine prædij,
suo interventu & administra ope ac-
quirit, & quatenus ipsi, utpote domino
prędij reditus omnes obveniunt, l. si
quis ædes, de seru. urb. l. c. 1. 2. cũ sim. ff. si seru.
vend. Quod autem alicui concedi sive
cõstitui vel acquiri debet, necesse est,
ut ei sit vtile, sive ex stipulatione seu
conventione concedendum veniat,
l. pe-

l. penult. ff. de pact. l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. oblig. sive ex vltima voluntate, *§. ex contrario, instit. de legat. cum similib.* sive ex dispositione legis, cum illa, quicquid juris attribuit, ex personæ vel rei, cui concedit, commoditate quam maxime metiatur, *l. in fundo, ff. de rei vend.* Quod igitur personæ domini saltem prodesse potest, cum nihil vtilitatis inde redundet in prædium, utiq; prædio non potest acquiri. Plane diversum evenit in ea servitute, quę nō prędio, sed ipsi personę acquiritur & constituitur. Nam si maxime, quod ei conceditur, prædij concernat vtilitatem, tamen omnis illa commoditas inde redundat in personam, quippe cuius domino prædium subest, *d. §. sed etsi pecorum, d. l. plenum, §. sed si.* ut omnis ad eum reditus fundi pertineat, *l. qui scit, in pr. ff. de vsur. §. item ea, inst. de rer. diuis.* cuiusve maxime interest ea deberi, quæ fundi sui necessitas vel vtilitas exposcit, quæq; non sine dispendio suo vel impensis alioqui procurare cogeretur, *ut not. in §. certe, instit. de rer. diuis.* Proinde, cum personæ servitus, nihilominus ei revera sit vtilis, etiamsi non tam eius, quam prædij, quod illius dominio subest, commoditatem immediate concernat, non autem è diverso prædij servitus ipsi prædio foret vtilis, si personæ modo commoditatem contineret, consequitur hanc quidem non nisi prędio vtilem constitui, illam vero, quę personæ quęritur, cum personæ tum prædij caussam facere meliorem posse, *per prædicta.*

8 Ampl. 5. etiamsi prędiorum, quorum commoditatem jura cōcernunt, facta sit expressa in concessione mentio: nihilominus enim, si appareat ipsis personis non prædijs, quantumvis expressis jura fuisse constituta, servitutibus illa realibus accenseri minime poterunt, *Ita concludere videtur Cæpoll. de servit. urb. prædior. c. 2. n. 5. ibi, etiamsi facta fuerit occasione prædy*: & recte quidem, cum propter ea, quæ satis in præcedentibus commonstrata fuere: tum, quod prædia subesse necesse sit, etiamsi nō exprimantur, quando conceduntur ea, quæ non nisi prędiorum vtilitatem concernunt: sed quæ tacite veniunt ex natura ipsius rei, atq; subintelliguntur, eorum expressionem nihil operari constat, *l. non recte, C. de fidejuss. l. hæc verba, ubi post alios latissime Ioa. Bolog. ff. de leg. 3. l. si Titio, §. 1. ff. quando dies lega. cum simil. Lud. Roma. cons. 56. n. 3.* Tum quia cum non prędijs constituta deprehendantur, satis inde colligitur, expressionem fundorum non aliā ob caussam in ea concessione fieri, quam ne vltra nuncupata prędia trahatur emolumentum ad alia plura: verba vero cuiusq; dispositionis semper intelligenda secundum finem, propter quem prolata sunt, *c. 2. de ordine cognit. c. gaudemus, de divort. Calder. cons. 6. t. de rescr. Crauet. cons. 436. n. 20. vol. 3.* eoq; respectu accipienda, quo prolata sunt, *l. si quis domum, §. quid tamen, ff. locat. l. profectitia, §. fin. ff. de jure dot. l. debitor, §. fin. ff. ad Trebell. quæ jura post Decium in c. si pro debilitate, de offic. delega. & consil. 283. ad hoc citat Crauet. cons. 16. nu. 3. vol. 1.* nec actus agentium intentionem egredi debent, *l. si ego, l. non omnis, ff. si cert. petat. l. si quid fur, 22. l. verum est, 39. ff. de furt. l. multum interest, C. si quis alteri vel sibi, cum similib. gl. penult. in c. si sacerdos, ubi Abbas n. 14. de ord. cogn. Pec. in c. eum qui, & in c. imputari, nu. 11. de regul. jur. in 6. Cranet. consil. 962. num. 5. cons. 972. nu. 29. vol. 5. Pet. Greg. in syntagm. lib. 9. c. 5. num. 4.*

Ampl. 6. vt nec statuto, nec con- 9
suetudine, imo nec principis constitu-
tione jura, quæ non ipsi fundo sive lo-
co, sed personis concessa quæsitaq;
fuerunt, servitutes vere prędiales sive
reales fieri vel esse queāt: Sunt † enim 10
servitutes istæ juris gentium constitutiones, *Bart. in l. 1. n. 3. ff. de serv. Castr. in repet. l. ex hoc jure, n. 23. ff. de just. & jure. Coras. ad rub. n. 11. ff. de servit. Hotom. in §. fin. inst. de vsu & hab. Bologn. in tract. de multiplici significatione & differentia juris & facti, n. 35.* Cum distinctis rerum dominijs, & ædificijs constructis naturaliter eveniret, ut vnius prædium vsibus alterius prædij sæpius obstaret,

atq; adeo frequenter alterum ad sui
commoditatem alterius indigeret, *d.
l. ex hoc jure, & ibid. notata, juncta l. quo-*
11 *ties nec, ff. de servit.* Certi † vero juris,
ea quæ consistunt in jure gentium
vel naturali, principem non immuta-
re nec tollere posse, *§. sed naturalia, ubi
Dd. inst. de jure natur. gent. & ciui §. fin.
inst. de leg. t. agnat. tut. Clem. Pastoralis, §.
cæterum, de re jud. cum simil. gl. in l. quo-
ties C. de precib. Imper. offer. Cyn. in l. res
scripta, ibi Bald. num. 9. 10. Castr. num. 3.
C. d. t. gl. in l. vlt. ubi Dd. C. si contra jus
vel vtilit. public. Bart. in l. 1. num. 4. ubi
Bald. nu. 1. ff. de constit. princip. Alex. in
l. si quis iniquum, §. si is pro quo, num. 4. ff.
quod quisq. jur. Dd. in c. quæ in Ecclesiar.
ubi post alios Panor. num. 11. Felin. am-
plissime n. 26. & seqq. Dec. num. 18. de con-
stit. Panor. in c. cum inter, nu. 9. de except.
Cranet. consil. 945. num. 3. vol. 5. Pluri-
mos citat Ant. Gabr. Roman. lib. 3. comm.
concl. 1. de jure quæsit. non toll. concl. 1. nu.
1.* Ac licet pleriq; Dd. relatorum tra-
dant, principem ex caussa sive publi-
cam propter vtilitatem juri gentium
detrahere posse, *per l. jus ciuile, ff. de just.
& jure, Minsing. cent. 5. obseru. 97. nu. 3.*
tamen hic eiusmodi causæ locus esse
vix potest, cum agatur de jure con-
cernente commoditatem ex vno prę-
dio redundantem in aliud: quam ad
rem certe nihil accommodatius, nihil
vtilius esse potest, quam si jus in ipso
prædio constituatur alteri prædio: a-
lioqui si fundaretur in personis cum
ijs intercideret, *d. l. Lucius, ff. de servit.
rust. l. quia personale, ff. solut. matri. l. Me-
la, §. fin. ff. de alim. lega. l. penult. ff. de
servit. lega. cum simil.* Ubi autem deficit
caussa immutationem eorum, quæ
sunt juris gentium, necessario requi-
rens, constat, principem dispositio-
ni juris gentium contravenire mini-
me posse, *Dd. relat. maxime Panor. d. c.
quæ in Ecclesiar. num. 11. & ibid. Felin. n.
26. & 33. dicens* communiorem, & rati-
onabiliorem, *Minsing. d. obseru. 97. n.
7. Cranet. d. cons. num. 4. Gab. Roma. d.
concl. 1. per tot.* Quod si maxime casu
quopiam expediret, nō ipsi fundo ta-
le jus cohęrere, non necesse fuerit pro-
pterea destruere servitutis realis re-
quisitum præcipuum: Abunde in e-
am rem suppetunt jura personalia,
quæ nisi sufficerent, aliud quoddam
jus noviter creare liceret, salva in-
terim servitutis prædialis essentia
remanente: At principi derogatio ju-
ris gentium neutiquam permissa, quo-
ties vtilitas publica, propter quam
admittitur, aliter haberi potest, vt
post plures à se relatos cōcludit atq;
communem dicit *Gabr. Roma. d. t. con-
cl. 2. nu. 4.* Cum vero ne quidem in
his, quæ substantiam rei minime
concernunt, immutatio sit permissa,
quibus in terminis Dd. locis relatis
loquuntur, quanto minus in propo-
sito vbi agitur de substantiali requi-
sito servitutis realis, videlicet, vt ac-
quiratur ipsi prædio dominanti. Nam
† quod est de substantia rei, ne qui- 12
dem ij, quibus alioqui permissum, le-
gem rei dare, tollere possunt, quin
rem ipsam simul tollant, *l. cum precario,
ff. de precar. l. 2. in pr. ubi Dd. ff. si cer. pe-
tat. l. Lucius, 24. ff. de positi. l. pacta con-
venta, ubi Dd. ff. de contrah. emt.* vel in
genus plane diversum transforment,
*l. ubi ita donator, ff. de dona. caussa mort.
d. l. 2. in pr. d. l. pacta conuenta, ubiq. not.
per Dd.* Quin & præcedenti exercitati-
one prope finem ostensum, caussam
quæ cum cœteris ad essentiam actus
vel juris incorporalis constituendam
concurrit, præsertim si gentium jure
sit inducta, ne quidem à principe
tolli posse, re salva remanente: Ta-
lem servitutis realis caussam esse prę-
dium dominans, non ambigitur, *§.
ideo, inst. de servit. l. 1. ff. commun. præ-
dior. cum simil.* Insuper manifestum,
nec à principe disponi posse, cōtra id,
quod ratio naturalis exposcit, quip-
pe quæ mutari nequit, *l. 2. ff. de usufr.
ear. rer.* Vnde † princeps non juri na- 13
turali, sed effectibus eius tantum de-
rogare potest, *secundum Bald. in d. l. re-
scripta, num. 9. C. de precib. Imp. offer.* nec
jus naturale sive gentium disponens,
hoc est, ipsam juris dispositionem, sed
modo jus dispositum, sive quod juris
ex illa dispositione homini quæritur,

tollere

tollere potest. *secundum Castrens. in l. fin. num. 1. & 2. C. si contra jus vel utilit. publ.* quatenus videlicet justa caussa subsistens rationem juris naturalis alicubi cessare, non obscure monstrat, *Covar. lib. 1. var. resolut. c. 17. numer. 8.* Vnde nec inducta jure positivo licet adimere, si naturali æquitati innitantur, *Bald. d. l. rescripta, num. 13. Felin. d. c. quæ in Ecclesiar. nu. 55. vers. sed hac declara. Rochus Curt. in c. fin. sect. 5. nu. 17. de consuet. Tradit post alios Ant. Gab. Rom. d. concl. 1. nu. 19.* Ratio vero naturalis nihil æque requirit, quam vt servitus realis ipsi prædio debeatur atq; constituatur; cum non aliunde nomen realis sive prædialis servitutis ac definitionem obtinuerint, nec aliter a servitute personæ debita discernatur, quam quia sit ipsius rei, cui res altera servit, *l. 1. ff. de servit.* Cujusve ad vtilitatem servitur ipsa reperitur esse directa, *l. quoties nec, ff. de servit. l. pecoris, ff. de servit. rust. cum simil.* Itaq; princeps hactenus quidem servitutes privatorum prædiis quæsitas ex caussa poterit aufferre, dummodo juris naturalis dispositionem, sive naturalem rationem in servitute reali prædium cui quæratur, inprimis exigentem relinquat illibatam, *per prædicta.* Quod si dispositio valeret, vt servitus etiamnum sit prædialis, quæ non ipsi prædio, sed personæ modo debetur, non tantum essentialia servitutem discrimina confunderentur, sed & implicatio contradictionis resultaret, siquidem servitutes rerum alia ratione neq; sunt, neq; dicuntur, quam quæ rebus debentur, non personis: vt e diverso, quæ personis, non rebus, personarum sunt & perhibentur, *d. l. 1. ubi Dd. ff. de servit. §. ideo, inst. de servit. l. 1. ff. commun. prædior cum similib.* Verum circa ea, quę contradictionem implicant, princeps dispensare non potest, *Bald. in l. eam quam, nu. 34. C. de fideic.* Sed quid pluribus opus? Requisita jure naturali sive gentiū pro substantia servitutis, aut cujus etiam alterius rei, nec tolli nec immutari posse a principe, *textus est clarus in d. l. 2. ff. de usufr. ear. rer. & in §. constituitur, vers. ergo, instit. de usufr. utrobiq; Dd. & in c. 2. de consuet. in 6.*

14 Declaranda † vero prior ista conclusio primò: Quamvis jura sic concessa deterioris in eo cōditionis sint, quod non sint realia, sed personalia: vicissim tamen in altero sunt præstātioris & melioris conditionis, quod personas quippe quibus adhærent, quocunq; se conferant, sequantur, *arg. l. cum fundo, ff. de servit. rust. Patet ex l. Lucius, ff. d. t. & l. mela, §. fin. ff. de alim. lega.* dummodo commoditas, quam personis præstant, eo vsque possit ad eas devenire, *l. si ædes 38. cum l. seq. ubi not. per Dd. ff. de servit. vrb. prædior. Fac. l. si quis duas vers. paruiq; l. in tradendis, §. interpositis, ff. commun. prædior. cum simil.*

15 Declar. 2. Quamvis † expeditum sit, jura de quibus loquimur, servitutes prædiales non esse, tamen est adhuc magna disceptatio, sint ne servitutes personarum, an personales tantum obligationes? Gloss. quidem passim contendit, esse personales tantum obligationes, *in l. si quis unos, ff. de usufruct. & in l. ut pomum, ubi Bart. Bald. & Florian. ff. de servit. & in l. pecoris, ubi Bart. ff. de servit. rustic. in l. apud Julianum, §. si quis alicui, ubi, Franc. Aretin. numer. 7. ff. de lega. 1. & in l. Mela, §. ult. ubi late Bartol. ff. de alim. lega. Cæpolla de servitut. urb. præd. c. 2. numero 8.* communem & veram *dicens: & ab hac in foro non esse recedendum, ait Menoch. de retin. poss. rem. 6. nu. 47. Eandem pro parte sequitur Joan ab Jmol. in d. l. apud Julianum, §. si quis alicui, nu. 10. ff. de lega. 1. Castrens. in d. l. si quis unas, nu. 3. Jason. in § æque, num. 15. inst. de action. Alexan. consil. 18. nu. 3. vol. 5. Albert. Bran. de interitu, concl. 11. n. 66.* Moventur 1. *textu l. fin. §. fin. ff. de contrah. emt.* quo emtor fundi, ex quo annua centum millia frumenti prædijs Caij Seij præstanda erant, frumenti præstationi non perhibetur obnoxius, saltem propterea, quia personę modo Caij Seij, non prædijs eius jus quæsitum erat.

Nec

Nec absimilis *tex. in l. Cuius, ff. de annuis legat.* ubi cum servitus prædijs Luctatianis à testatore minime constituta deprehendatur, in prædiis Politianis, pariter nec personæ eius, cui prædia Luctatiana legata fuerant, vlla servitus relicta censetur. Cum ergo jura, de quibus loquimur, ipsa quoq; nihil aliud sint, quam facultates percipiendi sive consequendi quid e fundis alienis, quas constat prædijs non esse quæsitas, sed modo personis, vtriq; non personarum servitutes, sed obligationes modo personales esse poterunt, *per d. l. fin. §. vlt. & d. l. Cuius.* Textus adhuc evidentior *in d. l. Mela, §. fin.* quo concluditur, cum facultas aquæ ex prædio consequenda, in testamento non sit prædio vicino relicta cum nec prædij, nec personæ servitutem esse, sed personæ modo quæsitam obligationem sive personale quoddam jus exigendi ab hæredibus testatoris quam ex fundo sibi relictam. At qui nostra jura illi facultati plane convenientia, fundo nec vicino nec remoto, sed personę modo concessa esse cōstat. Tanto minus igitur ambigendum erit, esse modo personales obligationes: Cum præsertim secundò sit extra controversiam, servitutes atque adeo cætera jura incorporalia, sive personis, sive rebus inhæreant, esse mera juris tum gentium tum civilis inventa, creaturas sive constitutiones, *l. ex hoc jure, ubi Dd. ff. de just. & jure. l. libertas, §. 1. ff. de statu hominum. l. 1. ff. de tutel. §. servitus, inst. de jure personar. §. sed agnationis, inst. de legit. agnat. tut. Ioan. Faber. in §. incorporales, ubi Angel. num. 3. Schneid. num. 5. inst. de reb. corpor. & incorpor. Late Bolognet. in tr. de multiplici significatione juris & facti, num. 24. cum seqq.* vt proinde, vbi de jure non reperitur inductum jus incorporale, illud in contractum deduci, vel in vltima voluntate relinqui nequeat; siquidem non entis nullæ sunt qualitates, *l. eius qui, ff. si cert. pet. l. si servum, §. si modus, ff. de act. empt.* Quamvis autem plurima jura fuerint introducta, quæ personæ competunt in re, in qua fundantur atq; subsistunt, puta, dominium, vsufructus, vsus, habitatio, possessio, pignus, &c. nullibi tamen apparere videtur introductum etiam esse tale jus, quod in fundo quidem alieno fundetur atq; subsistat, nec tamen prædio, sed personæ modo competat, & quidem ad prædij sui, cuiuscunque & quandocunq; voluerit, vtilitatem. Nobis itaq; tale jus proprio Marte non licebit introducere: proinde necesse est, vt etiam ex parte concedentis jus modo personale in obligationem deductum esse statuamus, *l. illam, C. de collat. l. dissentientis, C. de repud. §. consideremus, in auth. de triente & semiss. c. illo, ne sede vac. c. is qui, de sent. excom. lib. 6.* Tertiò: Si servitutes essent, vel prædiorum forent, quod esse nequit, cum non sint acquisitæ prædijs vel personarum, *l. 1. ff. de servit.* quod iterum non potest admitti, quia sub vsufructu, vel vsu, vel habitatione necessariò continerentur. Nec enim plures servitutis personarum species constitui videmus libro septimo Pandectarum, qui servitutum illarum explicationi totus est peculiariter destinatus, aut titulo inst. *de vsufr. & de vsu habit.* nisi quis operas servorum, quas *tit. C. de vsufr.* adjunxit Tribonianus, addere malit, quod improbat *gl. in d. l. si quis unas, ubi Castrens. num. 1. & cæteri, ff. de vsufr. Petr. ad rub. ubi Cyn. & Bald. num. 2. C. de vsufr.* Sane jura nostra constat habitationi non esse accensenda. Sed nec vsui, qui secundum indigentiam personæ conceditur, quatenus ad sui sustentationem opus habet. *§. 1. inst. de vsu & habit. l. 2. l. plenum, & l. 1. ff. de vsu & hab.* E diverso jura isthæc potius quantum opus est ipsi fundo, respiciunt, *l. pecoris, ff. de servit. rust.* atque adeo sunt ad certa fructuum sive redituum genera, sæpius etiam ad certam mensuram summamue restricta, cum persona ex omnib. fundi fructib. quidpiam ad sui sustentationem desideret, & quidem plerumque

que plus vel minus, quam sit concessum sive determinatum, *ita Castr. in d. l. si quis unas, n. 3.* Qua ratione nec sub vsufructu contineri poterunt, quippe qui jus est percipiendi omnes fructus & reditus, *l. vsufructu legato, ff. de vsufr. cum simil. ubi Dd. Castr. in d. l. si quis unas, n. 3.* Quartò: quia jurium & actuum essentialia requisita sunt quam diligentissime observanda, nec ab eis vllo modo recedere licet, *l. 2. ff. si cert. pet. l. Lucius, 24. ff. deposi. l. naturalis, ff. de praescr. verb. cum simil.* Hic autem finis esse videtur, eoq; potissimum requisitum seruitutum personarũ, ut quemadmodum reales immediate ad vtilitatem prędij constituuntur, eamq; adaugent, ita illæ immediate ac directò ad vtilitatem personarum vergant, eamq; promoveant, *l. quoties nec, ff. de seruit. l. pecoris, ff. de seruitut. rust.* Proinde cum jura nostra immediate potius vtilitatem prædiorum, quam personarum concernant, nec tamen servitutes prædiorum esse possint, quippe quibus non acquiruntur, certè non nisi personales obligationes esse poterunt. Tandem cum ex parte eius cui conceduntur, isthæc jura sint personalia, in dubio censendum potius, ex parte concedentium etiam esse personalia, cum quod in vno relatorum obtinet, æquum sit, ut in altero quoque locum habeat, *l. legem Iuliam, C. de iudic. viduit. l. 1. C. de cess. prof. lib. 11. l. cum emtor, ff. de restitud. vend. l. fin. vbi Ioann. ab Imol. num. 2. ff. de acceptil. l. si ita stipulatus, §. fin. ubi to- an. ab Imol. num. 5. ff. de verb. oblig. l. non tantum, ubi Raphael Cuman. & Iason numer. 1. & 2. ff. de re jud. Lud. Roman. consil. 167. num. 2. Cranet. consil. 973. num. 33. volum. 5. Euerhar. in loc. à correl. num. 3.* Porro ex hac sententia consequitur, cum jura de quibus agimus ipsis fundis non sint imposita, singulares ad successores ea cum fundis minime transire, ut proinde illi minime teneantur in fundis noviter acquisitis permittere sive præstare, quæ vigore jurium antecessores, a quibus caussam habuerunt, pati sive præstare tenebantur, *text. not. in d. l. fin. §. ult. ubi Dd. ff. de contrah. emtor. l. 1. §. si heres, ff. ad Trebell. l. penultim. C. de act. & obligat. l. cum precib. C. de rer. permut. l. cum tibi, C. qui pot. in pignor. habean. l. aris alieni, C. de donatio. Gomez. tom. 2. variar. resolut. c. 15. numer. 23. versic. primum est, ubi testatur de* communi, *& tradunt Dd. locis sup. relat.* Nihilominus cum regulariter alienatio rei, cuius respectu contracta fuit obligatio, non sit modus obligationis tollendæ seu finiendæ, *ll. praeit. maxime d. l. cum precib. & est text. in l. quoties, cum not. ibi per Dd. C. de rei vend.* his quibus prædicta jura quæsita fuerunt, competeret etiamnum actio adversus alienantes adhuc obligatos, vel eorum hæredes sive successores universales, *ll. praest. ubi Dd. & in locis sup. relatis, l. venditor, ff. communia praed. er.*

26 Contra † vero, jura nostra servitutes personarum esse, tenuerunt Hugolin. & Rogerius, *Sequuntur Petrus & Cynus ad rubr. C. de vsufruct. Bald. in l. vltim. numer. 12. & 13. C. de condit. insert. & in l. Lucius, ff. de seruitut. rust. Ioann. Faber in §. aque, instit. de act. Fulgos. in l. pecoris, numer. 5. ff. de seruit. rustic. & ex recentiorib. Corasius ad rubr. numer. 29. & seqq. hanc sententiam dicens* veriorem, *ff. de seruitut. & in l. 1. num. 124. versic. ego vero, nec non in l. ut pomum, numer. 10. ubi Duarenus, ff. d. t. Bernhardus Gammarus de seruitut. q. 58 Longouall. in l. imperium, p. 4. §. lex autem, numer. 11 ff. de jurisdictio. Hotom. lib. 8. obseruat. c. 20. Donell. lib. 10. c. 7. in princip. & libro 11. commun. de jure ciuil. cap. 1. versic. hac vtilitas & c. 7. vers. sic, si inde quid. VVesenbec. in parat. ff. de seruitut. numer. 5. Petrus Gregor. in syntagm. juris, lib. 4. c. 2. numer. 22. Petrus Frederus de mandatis, cap. 41. numero 4.* Quam rectius in puncto juris crediderim sustineri posse, inprimis *per text. ad hoc notabilem in l. veluti, ff. de seruitut. rustic.* vbi si vltra, quam necesse sit ad fundum vicino sit permissum agere habere in alieno fundo, puta, figulinas habere in alieno, in quibus vasa venalia fiant, cum

Nec absimilis *tex. in l. Caius, ff. de annuis legat.* ubi cum servitus prædijs Luctatianis à testatore minime constituta deprehendatur, in prædijs Politianis, pariter nec personæ eius, cui prædia Luctatiana legata fuerant, ulla servitus relicta censetur. Cum ergo jura, de quibus loquimur, ipsa quoq; nihil aliud sint, quam facultates percipiendi sive consequendi quid e fundis alienis, quas constat prædijs non esse quæsitas, sed modo personis, vtiq; non personarum servitutes, sed obligationes modo personales esse poterunt, *per d. l. fin. §. vlt. & d. l. Caius.* Textus adhuc evidentior *in d. l. Mela, §. fin.* quo concluditur, cum facultas aquæ ex prædio consequenda in testamento non sit prædio vicino relicta cum nec prædij, nec personæ servitutem esse, sed personæ modo quæsitam obligationem sive personale quoddam jus exigendi ab hæredibus testatoris quam ex fundo sibi relictam. At qui nostra jura illi facultati plane convenientia, fundo nec vicino nec remoto, sed personæ modo concessa esse cōstat. Tanto minus igitur ambigendum erit, esse modo personales obligationes: Cum præsertim secundò sit extra controversiam, servitutes atque adeo cætera jura incorporalia, sive personis, sive rebus inhærcant, esse mera juris tum gentium tum civilis inventa, creaturas sive constitutiones, *l. ex hoc jure, ubi Dd. ff. de just. & jure, l. libertas, §. 1. ff. de statu hominum. l. 1. ff. de tutel. §. servitus, inst. de jure personar. §. sed agnationis, inst. de legit. agnat. tut. Ioan. Faber. in §. incorporales, ubi Angel. num. 3. Schneid. num. 5. inst. de reb. corpor. & incorpor. Late Bolognet. in tr. de multiplici significatione juris & facti, num. 24. cum seqq.* vt proinde, ubi de jure non reperitur inductum jus incorporale, illud in contractum deduci, vel in vltima volūtate relinqui nequeat, siquidem non entis nullæ sunt qualitates, *l. etus qui, ff. si cert. pet. l. si servum, §. si modus, ff. de act. emti.* Quamvis autem plurima jura fuerint introducta, quæ personæ competunt in re, in qua fundantur atq; subsistunt, puta, dominum, vsusfructus, vsus, habitatio, possessio, pignus, &c. nullibi tamen apparere videtur introductum etiam esse tale jus, quod in fundo quidem alieno fundetur atq; subsistat, nec tamen prædio, sed personæ modo, competat, & quidem ad prædij sui, cuiuscunque & quandocunq; voluerit, vtilitatem. Nobis itaq; tale jus proprio Marte non licebit introducere: proinde necesse est, vt etiam ex parte concedentis jus modo personale in obligationem deductum esse statuamus, *l. illam, C. de collat. l. dissentientis, C. de repud. §. consideremus, in auth. de triente & semiss. c. illa, ne sede vac. a. si qui, de sent. excom. liq. 6.* Tertiò: Si servitutes essent, vel prædiorum forent, quod esse nequit, cum non sint acquisitæ prædijs vel personarum, *l. 1. ff. de servit.* quod iterum non potest admitti, quia sub vsu fructu, vel vsu, vel habitatione necessariò continerentur: Nec enim plures servitutis personarum species constitui videmus libro septimo Pandectarum, qui servitutum illarum explicationi totus est peculiariter destinatus, aut titulo inst. *de usufr. & de usu habit.* nisi quis operas servorum, quas *tit. C. de usufr.* adjunxit Tribonianus, addere malit, quod improbat *gl. in d. l. si quis unas, ubi Castrens. num. 1. & cæteri, ff. de usufr. Petr. a drub. ubi Cyn. & Bald. num. 2. C. de usufr.* Sane jura nostra constat habitationi non esse accensenda. Sed nec vsui, qui secundum indigentiam personæ conceditur, quatenus ad sui sustentationem opus habet, *§. 1. inst. de usu & habit. l. 2. l. plenum, & l. 1. ff. de usu & hab.* E diverso jura isthæc potius quantum opus est ipsi fundo, respiciunt, *l. pecoris, ff. de servit. rust.* atque adeo sunt ad certa fructuum sive redituum genera, sæpius etiam ad certam mensuram summamue restricta, cum persona ex omnib. fundi fructib. quidpiam ad sui sustentationem desideret, & quidem plerumque

que plus vel minus, quam sit concessum sive determinatum, *ita Castr. in d. l. si quis unas, n. 3.* Qua ratione nec sub vsufructu contineri poterunt, quippe qui jus est percipiendi omnes fructus & reditus, *l. vsufructu legato, ff. de vsufr. cum simil. ubi Dd. Castr. in d. l. si quis unas, n. 3.* Quartò: quia jurium & actuum essentialia requisita sunt quam diligentissime observanda, nec ab eis vllo modo recedere licet, *l. 2. ff. si cert. pet. l. Lucius, 24. ff. deposi. l. naturalis, ff. de praescr. verb. cum simil.* Hic autem finis esse videtur, eoq; potissimum requisitum seruitutum personarũ, ut quemadmodum reales immediate ad vtilitatem prędij constituuntur, eamq; adaugent, ita illae immediate ac directò ad vtilitatem personarum vergant, eamq; promoveant, *l. quoties nec, ff. de seruit. l. pecoris, ff. de seruitut. rust.* Proinde cum jura nostra immediate potius vtilitatem praediorum, quam personarum concernant, nec tamen servitutes praediorum esse possint, quippe quibus non acquiruntur, certè non nisi personales obligationes esse poterunt. Tandem cum ex parte eius cui conceduntur, isthaec jura sint personalia, in dubio censendum potius, ex parte concedentium etiam esse personalia, cum quod in vno correlatorum obtinet, aequum sit, ut in altero quoque locum habeat, *l. legem Juliam, C. de juzic. viduit. l. 1. C. de capress. lib. 11. l. cum emtor, ff. de rescind. vend. l. fin. vbi Joann. ab Imol. num. 2. ff. de acceptil. l. si ita stipulatus, §. fin. ubi Joan. ab Imol. num. 5. ff. de verb. oblig. l. non tantum, ubi Raphael Cuman. & Jason numer. 1. & 2. ff. de re jud. Lud. Roman. consil. 167. num. 2. Cranet. consil. 975. num. 33. volum. 5. Euerhar. in loc. à correl. num. 5.* Porro ex hac sententia consequitur, cum jura de quibus agimus ipsis fundis non sint imposita, singulares ad successores ea cum fundis minime transire, ut proinde illi minime teneantur in fundis noviter acquisitis permittere sive praestare, quae vigore jurium antecessores, a quibus caussam habuerunt, pati sive praestare tenebantur, *text. not. in d. l. fin. §. ult. ubi Dd. ff. de contrah. emtor. l. 1. §. si haeres, ff. ad Trebell. l. penultim. C. de act. & obligat. l. cum precib. C. de rer. permut. l. cum tibi, C. qui pot. in pignor. habean. l. aris alieni, C. de donatio. Gomezius tom. 2. variar. resolut. c. 15. numer. 23. versic. primus est, ubi testatur de* communi, *& tradunt Dd. locis sup. relat.* Nihilominus cum regulariter alienatio rei, cuius respectu contracta fuit obligatio, non sit modus obligationis tollendae seu finiendae, *ll. praecit. maxime d. l. cum precib. & est text. in l. quoties, cum not. ibi per Dd. C. de rei vend.* his quibus praedicta jura quaesita fuerunt, competet etiamnum actio adversus alienantes adhuc obligatos, vel eorum haeredes sive successores universales, *ll. praecit. ubi Dd. & in locis sup. relatis, l. venditor, ff. communia praed. or.*

16 Contra † vero, jura nostra servitutes personarum esse, renuerunt Hugolin. & Rogerius, *Sequuntur Petrus & Cynus ad rnor. C. de vsufruct. Bald. in l. vltim. numer. 12. & 13. C. de condit. insert. & in l. Lucius, ff. de seruitut. rust. Joann. Faber in §. aque, institut. de act. Fulgos. in l. pecoris, numer. 5. ff. de seruit. rustic. & ex recentiorib. Corasius ad rubr. numer. 29. & seqq. hanc sententiam ducent* veriorem, *ff. de seruitut. & in l. 1. num. 124. versic. ego vero, nec non in l. ut pomum, numer. 10. ubi Duarenus, ff. d. t. Bernhardus Gammerus de seruitut. q. 56 Longouall. in l. imperium, p. 4. §. lex autem, numer. 11 ff. de jurisdictio. Hotom. lib. 8. obseruat. c. 20. Donell. lib. 10. c. 7. in princip. & libro 11. commun. de jure ciuil. cap. 1. versic. hac vtilitas & c. 7. versic. si inde quid. VVesenbec. in parat. ff. de seruitut. numer. 3. Petrus Gregor. in syntagm. juris, lib. 4. c. 2. numer. 22. Petrus Friderus de mandatis, cap. 41. numero 4.* Quam rectius in puncto juris crediderim sustineri posse, inprimis *per text. ad hoc notabilem in l. veluti, ff. de seruitut. rustic.* vbi si vltra, quam necesse sit ad fundum vicino sit permissum agere habere in alieno fundo, puta, figulinas habere in alieno, in quibus vasa venalia fiant,

cum

cum jus illud propterea nō possit esse prędialis servitus, *l. ergo, ff. de servit. rust.* adserit Paulus vsumfructum esse, qui personæ servitus est, *l. 1. ff. de servit.* Vnde satis apparet, jura in alieno agere vel habere, quod aliâs jure communi agere habereve non licet, alicui permittentia, si prædio quæsita non sint, eoque necesse servitutes prædiales queant, esse personarum servitutibus accensendas. Ac licet hunc textum *gl. ibid. verbo, vsufr.* evitare conetur, asserendo, denotari saltem vtilitatem quandam fruendi, quæ ideo vsusfructus dicatur, quia magis est ei substantialis, quam prædialis, cum in rei veritate neutri [illegible], sed personale modo jus sive obligatio [illegible] isthæc tamen expositio violenta tolerari vix poterit, siquidem obligatio personalis est diversissima res ab vsufructu cæterisq; servitutibus, nec sub earum nomine venire consuevit, *l. venditor ff. commu. prædior. cum simil.* Sed & *d. l. veluti*, tota loquitur ac disponit in materia servitutū, vt minus verisimile sit, ICtū sub voce vsusfructus no servitutē ipsam, sed obligationem personalem intellexisse. Quod si passim ICti studiose discernunt inter vsumfructum sive servitutem, & obligationem, in quam deductus est vsusfructus sive servitus, quæque competit ad constituendum vsumfructum sive servitutem; *l. 3. §. dare, ff. de vsufr. l. [illegible] l. quoties via, ff. de servit. l. si ante, ff. si serv. vend. l. si partem, ff. quemadmo. servit. amitt. l. hæredes, §. [illegible], ff. famil. hercisc. l. penult. § & si placeat, ff. de verb. oblig. l. corruptionem, C. de vsufr.* quanto magis existimandum, eos vsumfructum atq; servitutes studiose discrevisse ab ea obligatione, qualem gl. fingit, quæ nequidem ad constituendum vsumfructum sive servitutem competit, *d. l. venditor, ff. communia prædior.* Quod vero aliud illic ICti propositum, quam vt diversitatem ostendat inter servitutes prędiales & vsumfructum, eoq; bis vsusfructus meminit. Hoc expositione glossæ prorsus evertitur, & in impropriissima significatione vox vsusfructus bis accipitur: & quidem citra subsistentem necessitatem; saltem ut præconceptam suam opinionem Accursius contra Rogerium & Hugolium sustineat. Nam quod de fructibus objicit, inficiatione tolli potest, etiamsi concederetur, usumfructum non esse, nisi omnes in eum fructus veniant. Quod enim non omnes alieni fundi fructus ad fructuarium pertinent in *d. l. veluti*, propterea fit, quia nec ipsius fundi simpliciter vsusfructus est constitutus; Sed cum sit fundi, saltem quatenus in eo figulinas habere & exercere licet, vsusfructus relictus, negari non potest, omnes fructus, sive quicquid emolumenti ex fundo, quatenus in eo figulinæ habentur & exercentur, provenit, ad fructuarium pertinere, *d. l. veluti, l. vsufructu legato, ff. de usufr. juncta l. quid tamen, §. fin. ff. quib. mo. vsusfr. amitt.* Deinde sententia Rogerij & subscribentium apprime juvatur *textu l. Lu iiii, ff. de servit. rust. præd.* Quæsitam illic servitutem personæ fuisse, non prædio, colligit ICtus ex eo, quia non ad vtilitatem domus prædio servienti vicinæ, sed vt alio, quocunq; libuerit, loco percipiat emolumentum, concessa fuit: Nec tamen obligationem personalem solummodo, sed vsum aquæ personalem esse disertis verbis fatetur Paulus, cum ve, cui acquisitus est, vsuarium, & quidem vere ac proprie, cum dictio *quasi* à ICto opponatur per modum caussæ, ac proinde veritatem & proprietatem exprimat, *Bald. in l. qui Romæ, §. duo fratres, num. 7. ff. de verb. oblig. Jason in l. re coniuncti, num. 93. ff. de lega. 3. & in l. si ante, num. 1. ff. solut. matri.* Tertiò succedit *tex. l. penult. ff. de servit. lega.* quo facultas transeundi per domos hæreditarias filiæ relicta, non tantum manifeste secernitur ab obligatione personali, quando bis nuncupatur jus transeundi, ab hærede præstandum, sive è defuncto personę datum, verum in super expresse nomina-

minatur vſus, qui contra diſtinguitur a ſervitute, non quidem perſonali, quippe cui ſubeſt, ut ſpecies generi ſuo, *l. 1. ff. de ſeruit.* ſed reali, prout luculenter evincit tam ipſamet inſcriptio ad prædialem ſervitutem ſolummodo pertinens, ſecundum quam leges titulo comprænhenſæ, earumque verba ſunt intelligenda, *l. Imperator, ubi Bart. ff. de in diem adic. gl. in l. unic. verbo, retractare, quam ad hoc notat ibid. Baldus numer. 6. C. ne lic. in una & ead. Dd. in l. 1. ubi præ cæteris Alexan. num. 8. Jaſon num. 2. Bolognet. num. 16. 17. ff. ſi cert. pet. Euerhar. in loc. à rubro, num. 6.* quam ratiocinatio ICti contendentis, illic tantundem juris ad hæredem legatariæ transmiſſum iri, ſi legatum ſervitutis eſſe plenum intelligatur: quæ nullatenus accommodari ſervituti perſonali poteſt, cum ea non ad hæredem tranſeat, *l. non ſolum, 9. §. tale, ff. de libera. legat.* ſed neceſſario ſub nomine ſervitutis illic intelligenda venit ſolummodo realis, quam ICtus illic oſtendit non eſſe legatam, ut evincat, vſum, qui perſonalis modo ſervitus eſt, cumque perſona extinguitur, eſſe filiæ relictum. Verumenimvero non ex præcitatis modo textibus evidenter colligitur, jus, quod alioqui ſervitus eſſe prædiales conſuevit, ſi perſonæ modo, non prædio conceſſum alicubi reperiatur, eſſe perſonalem ſervitutem, non obligationem, ſed
17 etiam quarto † probatur, quia certi juris eſt, induci ſervitutem quam primum quis vigore præcedentis aut intervenientis promiſsionis ſive conceſsionis in re ſua patitur alterum vſurpare vel habere, quod alioqui regulariter non niſi domino liceret, *l. ſi ego, § 1. ff. de Publicia. l. 3. §. dare, ff. de vſufruct. l. quoties nec, in fin. ff. l. quoties, via, ff. de ſeruitut. l. 1. in fin. ff. de ſeruitut. ruſtic. cum ſimilib.* atque adeo rei ſuæ jus imminuit, alterius auget, *l. de pupillo, §. Sextus, ff. de noui operis nunc.* Hoc ipſum uſuvenit in propoſito, quandoquidem promiſſor vel hæres eius, vigore promiſsionis aut teſtamentariæ diſpoſitionis, in re ſua pati tenetur alterum, cui promiſſum aut relictum fuit, vſurpare vel habere, quod in ea ſoli domino liceret, niſi promiſiſſet, ſive reliquiſſet alteri, puta, venari vel aucupari, ut ne quidem domino liceat ingredi volentem aditu excludere, piſcari, cœdere ligna, quæque ſunt his ſimilia quam plurima, *§. item ea, cum ſimilib. inſtitut. de rer. diuiſ. l. fructus, ff. de rei vendicat. l. videamus, 19. l. qui ſcit, 25. & l. 1. ff. de vſur. l. in re mandata, C. mand.* eoque dum alterius vtilitatem concernentia permittit, rei ſuæ jus non leviter imminuit, *d. l. de pupillo, §. Sextus.* Quocirca non dubitandum, jura noſtra, quæ propter dominantis prædij defectum prædialibus accenſeri nequeunt, eſſe perſonarum ſervitutes, quippe quæ ſunt jura conſtituta per dominos patientes in rebus ſuis ea, quæ ſibi tantum licent, ab aliis haberi fieri, ut vtilitas ad eoſdem inde perveniat, *d. l. ſi ego, §. 1. cum ſimil. paulo ante allegatis.* Quintò: quod iſthæc jura videmus importare facultatem autoritate propria, ſuaque veluti manu ſumendi ex fundo, quod ſit vtile, ſive directò vel immediate percipiendi inde emolumentum: tali autem † facultate con- 18
ceſſa perſonæ ſervitus inducta præſumitur, *per text. l. ſi quis ita, ubi poſt gl. Baldus & Caſtrenſ. ff. de vſufruct. & l. cum ita, ff. de vſufr. legat. gl. in l. Caius, ubi Bart. ff. de ann. legat. & in l. fundi, & ibid. Bart. num. 1. ff. de vſufr. legat. Idem Bartol. in l. cotem, § qui maximos, ff. de publica. Caſtrenſ. in l. ſi quis binas, num. 3. ff. de vſufr. & in l. ut pomum, num. 3. ubi notabiliter Coraſ. num. 12. ff. de ſeruit. Fulgoſius in l. pecoris, num. 5. ff. de ſeruit. ruſt. Alexand. conſil. 214. num. 1. lib. 6. Corneus conſil. 188. n. 2. lib. 4. Ruin. conſil. 4. nu. 12. lib. 3. Menoch. conſil. 330. num. 8. lib. 4. Idem de præſumtio. lib. 4. tom. 2. præſumt. 136. num. 2. Toming. queſt. 17. num. 4. Donell. lib. 10. comm. de jure ciuil. c. 5. verſ. inde dubitatum.* Sextò: Quia pro juribus huiuſmodi, competunt remedia poſſeſſoria, *l. 1. §. præterea, juncto, §. penult.*

rult. ff. de aq. quot. quæ cum præsupponant sive concernant possessionem rerum corporalium, vel certe quasi possessionem jurium in rebus constitutorum, *§. 1. ubi Theoph. & §. sequens, instit. de interdict. l. quoties via, ff. de servit. Dd. in c. querelam, ubi Panorm. nu. 12. de elect. Wesenb. in parat. ff. de interdic. num. 5. Menoch. de retin. poss. reme. 6. n. 2. & 11.* eoq; nec his, quibus præter obligationem personalem nihil juris acquisitum fuit, nec adversus eos, qui personali modo tenentur obligatione, dantur, *l. fin. ubi Bartol. ff. quor. bonor. Bald. in l. jubemus nulli, in princ. num. 5. C. de sacros. Eccles. Joann. Andr. in c. pervenit, de censib. Dd. in d. c. querelam, & in l. si certis annis, C. de pactis*: magis communem *dicit post alios Joann. Bapt. Villalob. libro communium opinio. verbo, possessoria remedia, numer. 187.* ut proinde vel hinc planum sit, ea præter obligationem personalem quiddam amplius importare, *Corasius in d. l. ut pomum, num. 12. Longovall. in d. imperium, p. 4. §. lex autem, num. 11. ff. de jurisd.* Nam quod excipit *Joan. Superior ad rubr. ff. de servit. num. 9.* interdictum *in d. §. penultim.* propositum esse de ea tantum aqua, quam princeps ducere permisit, in quo sit propterea singulare, ut pro concessionibus etiam personalibus competat, prout etiam illud speciale in eo, quod non est præparatorium ad petitorium, nec ad possessionem temporariam pertineat, sed totam assignationis quæstionem finiat, *d. l. 1. §. fin. ff. de aq. quot.* ratiocinationi parum oberit, siquidem prætor non tam propter concessionem principis, quam quia jus concessione principis in loco, unde & per quem ducitur aqua, constitutum fuit, interdictum illud indulsit, *d. l. 1. §. ait prætor, quo ex castello. ff. de aq. quot. juncta l. servitutes prædiorum, §. publico, ff. de servit.* Deinde qui posset esse singulare, cum extra illud interdictum de aqua ex castello ducenda, etiam superiora interdicta, ut de aqua quotidiana vel æstiva, quæ privatorum concessione ducitur, competant,

quando non ipsi prædio, sed personis modo jus fuit acquisitum, *d. l. 1. §. præterea.* Sane quod pro juribus hisce possessorium competat, potissimum commonstratur ex *d. §. præterea*: Cui *d. l. penult.* non tam confirmationis, quam declarationis evidentioris gratia subjungitur, ut proinde ratio valitura sit, etiamsi *d. §. penultim.* nihil ad rem facere, manifestè demonstraretur. Septimò: Quia dispositiones atque conventiones semper ita in dubio sunt accipiendæ, ut minus naturæ ipsius rei, de qua disponunt, derogent, *l. si uno, in princip. ff. locati. l. si stipulatus, §. verum, ff. de usur. l. damni infecti quidam, ff. de damn. infec. juncta l. contractus, versic. nisi si quid. ff. de regul. jur.* Cum sint intelligendæ secundum naturam subjectæ materiæ, *c. solita, ubi Dd. de maior. & obed. l. fluminum, §. hæc stipulatio, cum §. seq. ff. de damn. infect. l. 1. §. si sub conditione, ff. ut legator. nomine caveat. l. fin. C. de non num. pecun. cum similib. Everhard. late in loco, à subjecta mat.* quodq; non reperitur iis immutatum, firmiter etiamnum obtinere debeat, *l. sancimus, C. de testament. l. præcipimus, C. de appellat.* Iurium vero de quibus agimus, isthæc natura, ut esse realia, nec non prædijs inhærere consueverint, usq; adeo, ut prædij dominantis defectus in proposito saltem obster, quo minus sint prædiales servitutes, *§. inter rusticorum, cum §. seq. inst. de servitut. l. pecoris, cum 2. seqq. ff. de servitut. rustic. l. Mela, §. fin. ff. de alimen. legat.* ut proinde cum prædia, servientia non desint, in quibus subsistant, in dubio jura in prædijs constituta personisq; debita sint censenda, *per prædicta.* Octavò, confirmari videtur, quia servitutes personarum, licet simpliciter constitutæ concernere soleant omnes fundi servientis fructus, *l. usufructu legato, l. arbores, §. 1. ff. de usufr. cum simil.* non tamen pro substantia præcise requirere videntur, ut constituantur, quo ad omnia fructuum genera, quotcunque ex fundo percipi possunt, sed † commodo certæ rei 19

quæ

quæ ex fundo serviente desumatur, definiri possunt, ut hanc non excedāt, prout præ cœteris egregie Donellus tradidit *lib. 10. comm. de jure ciu. c. 7. in pr.* tum *per tex. d. l. veluti, d. l. Lucius, & d. l. pater filiæ*, superius ponderatos: tum *per tex. l. vsus aquæ, ff. de vsu & habit.* ubi servitutem personalem ad commodum aquæ ex fundo serviente percipiendæ plane restrictam videmus: tum, quod certos reditus excipere liceat, puta, pensiones agrorum antè locatorum, ac per consequens fructus a colonis inde percipiendos, *d. l. cultores, §. 1.* tum, quod vsusfructus ita posit a constituente restringi, ut fructuarius ex emolumentis non amplius, quam annua, decem puta, seu quadringēta habeat, cœtera proprietarius consequatur, *l. generali, §. vxori vsumfruct. vers. idem quæsijt, cum eodem, & §. heredis instituti, ff. de vsufr. legat.* Quod si potest ad certam partem æstimationis redituum fundi vsusfructus restringi, certæ multo magis ad emolumentum certę rei ex fundo serviente acquirendum coarctata servitus personalis valebit, siquidem hic & fructus inæstimati relinquuntur, & licet percipere de illis, quotquot proveniunt, *d. l. veluti*, aut quantum sibi sufficit, *d. l. Lucius, ff. de seruitut. rustic.* tum, quod modum servitutibus adijci posse constet, *l. servitute ipso. §. modum, ff. de seruit.* quæ licet de servitutibus prædialibus agere videatur, quia tamen diversum in servitutibus personalibus hac in parte non reperitur dispositum, utiq; non minus eæ quam prædiales prædicto modo vel alijs determinari poterunt; præsertim cum & ipsæ nomine servitutum peræque comprehendantur, *l. 1. ff. de seru.* & aliàs etiam ijsdem fere modis, quibus prædiales, constituantur, *l. via, iter, ff. de seru.* tum, quod re tam vtamur percipiendo certi generis fructus ex ea, quatenus nobis opus est ijs, quam si omnis generis fructus perciperemus, quemadmodum re quoq; tam fruimur percipiendo ex ea certi generis fructus, *d. l. veluti*, quam, si fructus inde cuiusvis generis habeat, *l. quæ de tota, ff. de rei vendic. Fac. l. si alij usus, & l. Titius Mævio, ff. de vsufr.* licet maius emolumentum sentiat vsuarius, itemq; fructuarius, percipiendo non vnius modo vel alterius, sed cuiuslibet generis fructus, quod tamen jure non attenditur, *d. l. si alij vsus, l. statuæ & imaginis, §. licet, ff. de vsufr.* Cum igitur hac potissimum de caussa jura de quibus agimus ab interpretibus negentur esse personarum servitutes, consequitur ea destructa parum vel nihil amplius obstare, quo minus ea personarum servitutibus accenseantur. Nono: Si penitius inspiciamus ista hæc jura, vel vsui subsunt, vel vsuifructui. Aut enim pro necessitate sive secundum indigentiam personarum vel rerum, quatenus ad eas pertinent, conceduntur, eoq; facultatem vtendi sive percipiendi quantum sibi suisve necessarium, important: Certe tum nihil erunt aliud, quam jura vtendi rebus alienis salva earum substantia, ac proinde sub vsu, cuius hæc definitio, tanquam sub genere suo continebuntur, vti *per d. l. plenum, §. 1. ff. de vsu & habit. & §. 1. inst. d. t.* etiam ex his qui communem tuentur, admittit *Cæpoll. de seruitut. urb. c. 2. num. 9. vers. & propterea.* Aut pro necessitate sive secundum indigentiam constituta non reperiuntur: quo casu si quidem nominatim vltra, quam sit necesse personis, concedantur, iterum expeditum, ea plane coincidere cum vsufructu, quandoquidem jura sunt, rebus alienis salva earum substantia non vtendi modo, sed etiam fruendi, sive percipiendi fructus non ad necessitatem solum, sed etiam ad compendium, *d. l. veluti, ff. de seruit. rust. junct. l. 1. ff. de vsufr. & tex. in pr. inst. de vsufr.* quod etiam Bartolus alioqui communem propugnās sensit *in d. l. ut pomum, ff. de seruit.* cuius dictum non aliter accipiendum tradit *Alexan. d. consil. 18. num. 3. volu. 5.* Idem juris, quando jura isthęc ad certam quantitatem fructuum, sive ad reditus certam æstimationem non exce-

excedentes restricta: Ita namque constitui posse vsumfructum, probant evidenter, quæ modo luculentius pro Rogerij sententia deduximus, inprimis, *d. l. generali, §. uxori, vers. idem quæsiit, cum eodem, & §. heredis instituti. & d. l. servitutes ipso § modum.* Sive enim plus importet fructuum determinata quantitas vel æstimatio, quam sufficiat vsui, vsusfructus erit, *l. veluti, ff. de servit. rust.* cum quod vsui superest, fructui sit, *d. l. per servum, §. vsusfruct. ff. de vsu & habit. l. si alij, ff. de usuf. l. cum in rem, ff. de rei vendic.* & emolumentis fructuarij detrahi posse constet, *d. l. si alij. l. arboris, §. 1. ff. de vsufr. d. l. per servum, §. vsusfruct. cum similibus.* Sive minus, quam sufficiat vsui, certe quo minus subsistat vsusfructus, non magis efficiet hic defectus, quam potest efficere, ne sit vsusfructus, quando fructus omnes fundi, vel quota pars eorum non sufficit vsui eius, cui in totum vel pro parte, vsusfructus est concessus: id quod evenire sæpissime, res ipsa docet, tum præsertim, quando alij vsus, alij fructus est relictus, vbi fructuarius nihil amplius, quam quod vsuario superest, quantumuis exiguum sit, consequitur, nihilominus tamen vsumfructum habet, *d. l. si alij, d. l. per servum §. vsusfr.* Nam & eorum prædiorum, in quæ magis impendimus, quam de illis acquiramus, vsusfructus relinqui potest, *l. statuæ, ff. de vsufr.* Sufficit esse concessum, vt frui, commoditates aut reditus ex re vel ipsemet percipere, perceptosque, prout suadebit vtilitas, atque placebit, distrahere, vel etiam pro suorumue necessitate consumere possit, etiamsi tanti non sint, quantis opus ad vsum quotidianum: vel percipiendos sive consumendos alteri permittere, *l. arboribus §. vsufructuarius, ff. de vsufr. l. fin. ff. de vsur. §. 1. inst. de vsu & habit.* sicut ad vsum, sufficit esse concessum, vt vti, hoc est, commoditates & reditus ex re percipere, proq; sui suorumve necessitate consumere queat, *d. §. 1. l. plenum, ff. de vsu & habit.* etiamsi tam fieri possit, vt minores rei sint reditus, quam sit opus vsuario, *l. fundi usu, ibi gl. ff. de vsu & habit.* quam facile solet evenire, vt vsuario quidpiam supersit, *d. l. si alij, cum simil.* Quod † si simpli 20
citer & indeterminate sine restrictione ad certam quantitatem vel æstimationem concessa sint, in dubio, determinatio sumitur a persona eius, cui quæsita sunt, vt tantum intelligatur concessum, quantum ei necessarium, *l. 1. l. jus alimentorum, ff. ubi pupill. educ. l. pen. in pr. ff. de alim. legat. l. si cui annuum, ff. de annu. lega. Io. n. ab Imol. in l. apud Iul. §. si quis alicui, n. 10. ubi Ias. n. 5. Zas. n. 6. ff. de leg. 1. Alex. cons. 18. num. 3. vol. 5. Iason in §. æque, num. 15. inst. de act.* ac proinde servitus vsus constituta erit, *Ioan. ab Imol. in d. §. si quis alicui, num. 18. Alexan. d. consil. 18. nu. 3. vol. 5. qui dictum Bartoli in l. ut pomum, ff. de servit. sic interpretatur Iason d. §. æque, num. 18.* Quia vero inductione sufficienti monstratum, jura nostra vel sub vsu vel sub vsufructu, tanquam species sub genere contineri, satis constare opinor, cum ex hoc, cum præcedentibus argumentis, Rogerij sententiam juri magis esse consentaneam. Cui † parum offici- 21
unt, quæ pro confirmatione prioris adducta fuere. Namq; *in l. fin. §. ult. ff. de contrah. empt. prout etiam in l. Caius, ff. de annuis lega.* concessionis verba nō referūtur ad eū, cui fit concessio, sed ad cōcedentis personā, factumq; designāt a debitore explicandū: quo casu, ne quidem personæ, nedum prędij servitutem induci, tradit *Accurs. in l. si quis ita, ff. de usufr. & in d. l. Caius, & in l. fundi, ff. de usuf. lega. quem sequuntur, Bart. in d. l. Caius, & in d. l. fundi, n. 1. nec non in l. cotem, §. qui maximos, n. 5. ff. de public. & in l. si sub una, § si quis, n. 4. ubi Io. ab Imol. n. 1. ff. de verb. obl. Bal. in d. l. si quis ita, dicens, gl. valde notandam, quam commendat ibi I. Cast. n. 1. Fulgos. in l. pecoris, n. 5 ff. de servit. rust. Cast. in l. si quis bonas, n. 3. ff. de usufr. & in l. ut pomum, n. 3. ff. de ser. ru. quem sequitur & refert. Capoll. de serv. vrb. c. 2. n. 12. Corn. consil. 188. n. 2 lib. 4. Probat idem Coras. in d. l. ut pomum, n. 12. Meno. h. de præsumt. lib. 4. Tom. 2. præsumt. 136. n. 3.*

Eleg.

Eleganter Donell. lib. 9. comm. de jure civil. c. 21. vers. huic simile, nec immerito, cum *per l. patrimonij, & l. fundi, ff. de vsufr. lega.* quæ vltra *d. l. ult. §. ult. & d. l. Caius*, hoc ipsum manifeste probant: tum quod alteri non concedatur vllum jus agendi quid in alieno, vel inde sumendi, sed onus ipsi domino fundi injungatur faciendi sive prestandi, quod alterius vel prædij vel personæ concernat utilitatem: servitutum autem non ea natura, ut aliquid faciat fundi servientis dominus, sed ut patiatur vel non faciat, *l. quoties, §. servitutum, ff. de seru. l. 3. §. dare, ff. de vsufr.* Quod igitur fundorum meminit, vtraq; lex, saltem personalis obligationis determinandæ gratia factum, ut vnde sit prestandum, quorsumve referenda emolumẽta in obligationem deducta, constet, *Cuiac. lib. 24. obser. c. 22. Donell lo. rel.* Verũ longe discrepant ab his jura sub initium proposita, puta, venandi, vel aucupandi, vel piscandi in alieno, cœdendi ligna in sylva vicina, &c. quæ facultatem non percipiendi quicquam à domini quasi manu, sed autoritate propria quid in alieno agendi vel inde sumendi important, eoq; recte personarum servitutibus, quando nequeunt esse prædiales, accensentur, *per l. si quis ita, ff. de vsufr. &*
32 *l. cum ita, ff. de vsufr. lega.* Quod † *l. Mela, §. ult. ff. de alim. lega.* attinet, si maxime constaret, nõ nisi personalem obligationem aquæ prestandæ dispositione testatoris inductam, non tamen propterea suborta fuisset illa tantũ, quod prædio vicino aqua relicta nõ fuerat: hac enim ratione sequeretur, cum vsus & vsusfructus nõ predijs vicinis, sed personis relinquantur, *l. vsus aquæ, ff. de vsu & habit. l. 1. ff. de seruit. l. stipulatio ista, §. sed & si quis, ff. de verb. oblig.* eos etiam esse modo personales obligationes: quod cum sit absurdum, necesse foret, aliunde caussam productæ tantum obligationis personalis derivare, puta ex conjunctione legati alimentorum, quod cum reale jus non importet, idem propterea statuatur in aqua eodem testamento, ac pene eodem contextu relicta, *arg. l. qui non militabat. §. Lucio Titio, ff. de har. inst. l. si servus plurium, § fin. ff. de lega. 1. Ioa. Superior ad rub. ff. de seru. n. 9.* Quia vero non in defectu prædij vicini ratio decidendi consistit, sua sponte ratiocinatio ex *d. l. Mela, §. ult.* pro communi opinione superius extructa concidit. Verum enimvero cum textus præcitatus obligationem solummodo natam, nec asserat expresse, nec evidenter colligendum relinquat, cur id illis antequã probaverint, concedamus. Nam quod haustum aquę ICtus ait esse personæ servitutem, quæ tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquatur, certe nõ potest, quicquid tandem prætendatur, intelligi de illa servitute personæ, quæ servituti predij velut e diametro opposita, vsumfructum vsumq; sub sese tanquam species continet, ut res ipsa manifeste monstrat, pluribus etiam ostendit *Donell. lib. 11. c. 7. vers. atq; hæ.* Itaq; *d. §. ult.* maxime *vers. nam & haustus*, tam intricatus, ut intellectus eius vix vllus haberi possit, qui non difficultatibus expositus. Sane si textum, quod multis alijs locis accidisse doctissimi quique annotarunt, corruptum credimus, non displicet eruditissimi Donelli sententia, qui loco præcitato censet *d. vers.* ita legendum & interpungendum: *Nam & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus: personæ tamen eius, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur*: quam erudite rationibus haud levibus probat, & veritati magis esse consentaneam, & textui maxime convenientem. Quod si vulgatæ lectionis Pandectis etiam Florentinis confirmatæ correctionem, præsertim sine manuscripti exemplaris autoritate admittere, non integrum arbitramur, nec satis tutum: aut suspendimus assensum, quia nonnihil veremur, ne vitio vertatur correctæ lectioni, quod in vers. sic correcto, novi nil adducatur, nec tam prior objectio confirmetur, quam sententia præcedenti vers. *nec videri, &c.* perspi-

tunc propositâ, modo repetatur, & quidem verbis vel iisdem, vel paulum commutatis, expositionis Accursianæ defensio suscipienda fuerit. Cum enim constet, de illa servitute personæ, quæ non sit prædio debita, Vlpianum *in d. versic. nam & haustus.* nec sensisse, nec sentire potuisse, scilicet id relinquitur, ut personæ servitutem interpretemur eam, quæ prædio quidem sit constituta, sic tamen, ut propter adjectionem personæ prædium illud possidentis non sit eadem hæredi vel emtori prædij præstanda, *l. pecoris, ff. de servit. rustic. l. cum qui, §. qui ita, versic. nam & hæres, ff. de verbor. oblig.* sed per exceptionem doli vel pacti possit occurri contra placitum servitutem vendicanti, *l. servitutes ipso, ff. de servitut.* Hæc enim ob demonstrationem personæ, ad quam restricta, non incommode personæ servitus, quantumvis prædio debita, perhibetur, saltem ad differentiam servitutis prædio simpliciter sine huiusmodi restrictione concessæ, ut ex *d. l. pecoris*, non obscurè colligitur. Quod autem, vulgata lectione retenta, non aliter personæ servitus eo loci sit accipienda, evidenter tam antecedentia, quam præcedentia commonstrant. Equidem contra decisionem propositæ quæstionis dubium movet Vlpianus, videri nempe inutile fideicommissum, quia servitus prædij relicta sit non possessori vicinæ possessionis. Cui non respondere ICtum in verf. proximo, contextus ipse satis arguit. Quod igitur subjicit, ad rationem dubitandi pertineat necesse est, quam dicto versiculo magis exaggeret Vlpianus, & ad casum adhuc fortiorem producat hoc sensu: Namque tunc etiam, quando servitus prædialis, aquæ haustus puta, vel pecoris ad aquam appulsus, est ad personam à concedente monstratam restricta, ne post eam hæredi vel emtori sit eadem permittenda: tamen ei, qui remotum, non vicinum servienti prædium habeat, inutiliter relinquitur. Quid autem aliud verba ICti posteriora *tamen et qui vicinus, &c.* evincunt, quidve magis præsupponunt, quam servitutem prædio quæsitam, *l. ergo, juncta, l. Lucius, ff. de servitut. rustic.* licet personæ adjectione determinatam, *d. l. pecoris.* Namque si prædij non sit servitus, sed hominis jus, potest ille commoditatem percipere, sive degat in ipso prædio serviente, *l. cuius, cum l. seq. ff. de usu & habit.* sive proxime penes illud, sive locis in remotioribus, *l. Lucius, ff. de servitut. rustic.* Tandem sub finem legis Vlpianus respondet, hanc aquam personæ relinqui: Verbis hisce indicaturus, à testatore non fuisse prædij servitutem relictam, ne quidem eam, quæ personæ demonstratione determinata sit, coq; nec prædium dominans, nedum vicinitatem eius exigi: sed ut alimenta personæ legata fuerant, sic etiam aquam in illa regione alioqui venalem, sive haustum aquæ, saltem personæ concessum esse. Nec quis objiciat, cum servitus aquæ haustus, aut quælibet alia, quæ prædialis esse nequit, quia nec possessori vicinæ possessionis concessa, sit nihilominus acquisita personæ, quatenus servitus personalis, præsertim secundum sententiam nostram: ideo perperam inferre ICtum, eius inutile fideicommissum esse. Tantum enim abest, Vlpianum colligere, aut sentire, servitutis quæ sit personæ quæsita, inutile fideicommissum esse, ut potius contrarium, loco solutionis afferat, ideo nempe fideicommissum valere, quia personæ servitus acquisita. Quin clarius hinc elucet, quodammodo caussa, cur dubitationem illic moverit ICtus, quia scilicet apparebat, esse fideicommissum servitutis alicuius, videlicet, aquæ haustus, qui cum suapte natura sit prædialis, *l. 1. l. pecoris, l. si mihi, §. ultim. ff. de servitut. rustic. Coras. in l. 1. num. 122. ff. de servitut.* nec tamen possessori vicinæ possessionis concessus, utique ut prædialis servitus non potis est subsistere. An autem

tem subsistat ut personalis, in ratione dubitandi minime quæritur, nec determinatur: ideoque demum in fine legis, quando solvitur objectio, recte illa, quatenus ipsi personæ, non prædio relicta, defenditur. Sive igitur hanc textus illius explicationem, sive Donelli correctionem, sequamur, non modo semper consequetur, in *d. l. Mela, §. fin.* saltem negari prædialem servitutem, non personalem, quæ potius asstruitur in eadem, ut magis contra communem lex illa rectius intellecta stringat, quam ei vel ex minima parte suffragetur. Quod affertur secundo loco, tollimus inficiatione, siquidem jus in alieno fundo constitutum, non tamen alteri prædio sed personæ modo, & quidem ad prædij sui, cuiuscunque & quandocunque voluerit, utilitatem, non excogitavimus proprio Marte, sed a jure nostro pridem inventum atque productum, docemus adductis in eam sententiam pluribus legibus. Quid quod jura, de quibus contendimus, usui subesse, vel sub usufructu contineri liquido probavimus: usum autem & usumfructum non minus atque prædiales servitutes, esse juris gentium constitutiones, jure civili perfectius elaboratas admittunt ipsi, nec sine absurditate inficias ire possent. Tertium ijs adversatur modo, qui cum jura præcitata, servitutes personarum esse defendunt, species inde constituunt peculiares, ab usu & usufructu plane diversas: non æque nobis, qui priscorum ICtorum responsa secuti ad usum & usumfructum ea referimus, quæq; Castrensis in contrarium objicit, argumento septimo & octavo ad confirmandam Rogerij sententiam prolatis penitus evertimus. Pariter nec quartum officit, siquidem essentialia requisita servitutis tam prædialis quam personalis, rite nihilominus observantur, etiamsi, quæ prædialis esse nequit, ob defectum prædij dominantis, cui non est constituta, statuatur esse personæ servitus. Namq; cum in cœteris requisitis plerisq; ferme conveniant, quippe species unius generis, *l. 1. ff. de seru.* præcipuum discrimen illarum, quod prædiales debeantur & acquirantur prædio, *l. non dubito, ff. de seruit. l. si domus, ff. de seruitut. urban. l. certo generi, l. via constitui, §. si fundus, & §. fin. l. si communi, ff. de seruitut. rustic. cum multis simil.* ac prædij sint, non hominis, *l. similis, §. fin. ff. de seruitut. rustic.* unde servitutes etiam prædiorum dicuntur, *l. 1. ff. de seruitut. l. 1. ff. commun. prædior. §. ideo autem, instit. de seruit.* quandoq; servitutes in rem, *ut in l. Cajus, ff. de ann. legat.* quæ vero personarum perhibentur *d. l. 1. ff. de seruit.* sive in personam constitutæ, *d. l. Cajus,* non sint prædij, sed personæ, *l. si quis unus, ff. de usufruct.* nec prædio verum personæ dentur, acquirantur atq; cohæreant, *l. 3. §. fin. ff. quib. mod. usufruct. am. l. patrimonij, l. generali, §. idem quæsijt, cum eodem, ff. de usufr. legat.* Hoc dum saluum remanet, si quæ jura illis accenseri nequeunt, quia nec prædio dentur sive acquirantur, quid mirum, si statuuntur, esse personarum servitutes: cum quod uni subesse generi non potest, propter alicuius requisiti defectum, ad aliud, cui quoad substantiam nihil alioqui desit, jure merito referatur, *l. 2. in pr. ubi Dd. ff. si cert. pet. l. ubi ita donatur, ff. de donat. caus. mort. Dd. in l. pacta conventa, ff. de contrahen. emt. ubi Mudæus sub rub. de pactis transform. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut. c. 10. num. 15. versic. nec obst. tex.* Nam quod prætenditur, ut reales prædijs, sic personales utilitatem personis immediate afferre oportere, superius in ampliatione quarta solutum: nihil ut necesse sit addi, nisi quod servitus personæ, admittat utilitatem prædij, non simpliciter & per se, quatenus est utilitas prædij, sed quatenus illa fundi commoditas in effectu pervenit ad personam domini, cuius emolumento cedit, quicquid prædij caussam meliorem facit, *l. plenum, §. sed si pecoris, cum §. seqq. ff. de usu & habit. juncta l. qui scit, in pr. ff. de usur.*

Quod de correlatis adijcitur, minime procedit, quando par vtrinq; ratio non subest, *l. quod si nolit, §. idem Marcellus, ff. de adil. edic. l. curatorem, & ibi not. per Dd. C. de interd. matr. l. fi. ubi Salic. C. de rescin. vend. l. multum interest, ff. de verb. oblig. Bart. in l. fin. nu. 2. vbi Castr. num. 4. Jason num. 18. C. de indic. vid. toll. Panorm. in c. 1. num. 13. de locat. Felin. in proamio decretal. num. 10. & in c. fin. num. 4. de Judais. Jason. in l. transigere, num. 11. ubi Bolognet. num. 62. C. de transact. Everh. loc. a correl. num 8.* vt in iuribus, de quibus agimus, cum ex parte eius, cui conceduntur, propterea sint personalia, quia deficit ex illa parte prædium dominans, cum non prædio, sed ipsi personæ concessa fuerint: Sed ex parte concedentis huiusmodi defectus non interuenit, cum abiit prædium dominans, & in ipsa concessione simul exprimatur, in eo jura præcitata esse vsurpanda & exercenda, *l. veluti, l. Lucius, ff. de servit. rust. l. vt pomum, ff. de servit.* Sic igitur apparet, jura isthæc esse personarum servitutes non obligationes personales: cuius disceptationis, quanta sit vtilitas, plurib. ostendunt *Bart. in d. l. vt pomum, ubi Castr. num. 3. Bartol. in d. l. Mela, §. vlt. vbi Alban. in add. ff. de alim. lega. Castrens. in l. si quis binas, ff. de vsufr. Capolla de serv. t. vrb. c. 2. num. 11. 12. 13. Alexan. consil. 18. n 3. vol. 5. Ruin. consil. 41. nu. 33. lib. 1. Me-*
23 *no. h. de r. tin. poss remed. 6 num. 25. 26. & 27.* Advertendum † insuper, plurimos interpretum pro communi adductorem, glossæ sententiam ita demum sequi, cum sub determinatione certę quantitatis commodis è fundo percipiendis præstitutæ, concessio facta fuit, puta, annuorum arundinis millium trecentorum, vel annuarum ducentarum de fundi reditu librarum, quali casu consulvit *Alex. d. consil. 18.* Secus quando sine certæ quantitatis adiectione fit: Namq; licet jura, de quibus agimus, certæ rei fundis ex alienis habendæ vsurpatione sint coarctata, sive ad unum aut alterum solummodo redituum genus restricta: quia tamen concedens nullam rei è fundis habendæ seu fructuum designati generis inde percipiendorum quantitatem addidit, eoq; vel fructus generis illius vniversos, sive quicquid vtilitatis vsurpatio rei præfinitæ potest afferre, concessit, vel secundum indigentiam personæ, quatenus is, cui conceditur, dictæ rei vsurpatione sive dicti generis fructibus opus habet, vel simpliciter facta nec indigentiæ mentione, nec totius commodi, quod ex illo fructuum genere vel rei præfinitæ vsurpatione haberi posset, percipiendi, quo casu determinationem recipere videtur secundum personæ, cui conceditur, necessitatem sive indigentiam, per ea, quæ Paulo ante in octavo argumento adducta fuerunt: vtiq; jura præcitata tum in effectu vel vsus vel, cum vltra, quam si necesse, percipitur, vsusfructus, ac proinde servitutes personarum erunt: *Ita Bart. in l. vt pomum, ff. de servit. Ioan. ab Jmol. in l. apud Iulian. §. si quis alieni, num. 18. ff. de legat. 1. Capolla de servit. vrb. c. 26 num. 3. Alex. d. consil. 18. num. 3. vol. 5. Iason in §. aque, num. 18. inst. de action. idem sequi videtur Parisius, consil. 27. nu. 152. vol. 1. Alber. Brunus de interitu, concl. 11. num. 67.* quibus in effectu consentit *Castrens. in l. si quis unas, num. 3. ff. de vsufr. & in l. ut pomum, num. 3. ff. de servit.* dum huiusmodi jura, quæ proprie quidem nec vsum esse, nec vsumfructum existimat, non tamen esse meras obligationes, obligationes, verum ad similitudinem usus & vsusfructus esse introducta, vt sit idem de eijs judicandum, quod in servitute personæ dispositum. Proinde cum in isto casu, quando sine certæ quantitatis adiectione conceditur autoritate propria quidpiam in alieno agendum habendumue, tot interpretes contra glossæ sententiam secundum Alexandrum magis communiter approbatam, quam alioqui in altero casu sequuntur, contrarium cum Rogerio cœterisque supra relatis

tis

tis teneant, eo magis hoc casu verior sententia plurimum suffragio subnixa fuerit etiam in judicando amplectenda: *Facit, quod tradit Gratus consil. 105. num. 7. lib. 1. Anton. Maria. Coratius tr. de communi, lib. 2 tt. 9. numer. 11. & 4. seqq.* Igitur his quibus huiusmodi jura concessa fuere, competent tam interdicta veluti possessoria, quibus illa tuentur, *l. quoties via, ff. de servit. l. 2. §. Pompon. l. si uti, §. Aristo, ff. si serv. vind. l. 1. §. præterea, & §. penultim. ff. de aqua quot. & æst. l. fin. ff. uti possid. Ita notabiliter Castrens. in d. l. ut pomum, numer. 3. quem refert & sequitur Capolla d. c. 2. numer. 12. Coras. d. l. ut pomum, num. 12.* quam actio confessoria non modo contra concedentē, sed etiam quemlibet alium in re serviente succedentem & impedientem uti, *Castr. Capolla, Coras. loc. rel.*

24 Tertiò pro declaratione prioris illius conclusionis principalis ab initio constitutæ notandum: Licet jura nostræ disceptationi proposita, servitutes prædiales non sint, tamen ita concedi possunt, ut in effectu ferme tantum operentur, tamque diu durent, quantum operari, quamq; diu durare prædiales dignoscuntur: Cum enim ea sint personarum servitutes, ut evicimus antea, & pleriq; interpretum, excepto saltem casu concessionis sub certę quantitatis adjectione factæ, admittunt, constat, ea non minus quam servitutes prædiales ex parte fundi servientis ad quemcumq; illius successorem transire, *l. neq; vsusfr. ff. quib. mod. vsufruct. amitt. l. uti, §. vtrum, ff. si vsusfr. pet.* Ex eorum autem parte, quibus acquiruntur, nihil prohibet, quo minus concedantur & ipsis, quibus ab initio constitutio fit, & successoribus eorum, *l. antiquitas, ubi Dd. C. de vsufr. & in l. stipulatio ista, §. si quis ita, ff. de verb. oblig.* quantumvis cum personis morientiū evanescant, cum in personis successorum identidem nova suboriantur, propter conventionem statim initio constitutionis factam, *d. l. stipul. ista, §. si quis ita, ubi Dd. & in d. l. antiquitas.*

Nec modo † primis successoribus, sed 25
& vlterioribus concedi possunt, ut in terminis adhuc fortioribus, videlicet in vsufructu simpliciter constituto, *post Martinum concludit Cynus in d. l. antiquitas, ubi Faber, & Salicet. C. de vsufruct. Gomez, lib. 2. variar. resolutio. c. 11. numer. 14. versic. vnum tamen est: Idem sensit etiam Cuiac. de feudis, in prin.* quandoquidem nec Iustinianus in *d. l. antiquitas*, id inhibuit, cum solummodo provisionem de hærede simpliciter factam ad primum restringat, nec prætu, ponat, invalidum fore vsumfructum hæredi reservatum, si pertinere debeat ad vlteriores, sed è diverso legatum proprietatis eo casu duntaxat invtile futurum, denique nec substantiæ vsusfructus repugnat, cum singula eius requisita remaneant salva & integra, puta, res ipsa, cuius proprietas penes vnum, facultas vtendi fruendi salva rei substantia penes alterum subsistit, itemque caussa modusque constitutionis legitimes. Quod igitur Imperator vsumfructum hæredi concessum, non vltra proximum extendi voluit, hoc lege sua tribuit vsusfructus naturæ, cui partium conventione derogari posse constat, *l. contractus, ubi Dd. ff. de regul. jur. l. pacta conventa, & ibid. Dd. ff. de contrahen. emtor. l. si vnus, §. quod & in specie, ff. de pact.* Imo tantum abest, Imperatorem ea lege quicquam contra voluntatem concedentis hac in parte disponere voluisse, ut potius eandem principaliter illic intueatur, & hanc fuisse interpretetur, ut cum persona hæredis primi finiatur vsusfructus, ne legatum proprietatis, quod testatorem omnimodo valere voluisse constat, invtile fiat abscedente semper vsufructu: Proinde cum in casu nostro de voluntate testatoris cupientis, ut etiam ad successores vlteriores concesśio pertineat, constet, ei non immerito standum: Nec invtilis omnino remanebit proprietas, cum & per capitis diminutionem fructuarij quan-

quandoq; proprietarius facultatem vtendi fruendi re sua consequatur secundum *Gomez. lo. rela.* & per non vsum possit vsusfructus ad proprietatem reverti, *l. corruptionem, ubi Dd. C. de usufr.* Vt omittam cœteros modos, quibus vsusfructus proprietati consuevit adiungi, de quibus *t. t. ff. quib. mod. usufr. amit. & §. finitur, inst. de usufr.* Quid quod rei vel interitu, vel mutatione pereat vsusfructus, vt proprietarius materiæ restantis aut rei transformatæ proprietatem pariter & vsumfructum sit habiturus, *§. eo amplius, inst. de usufr. l. qui usumfr. 42. ff. de usufr. l. repeti, §. rei mutatione, cum ll. seqq. quib. modis usufr. amitt.* Sed & eò profuerit proprietas, vt insulæ vel incrementi non latentis plenum dominium proprietarius acquirere possit, *l. item si fundi, §. sed si insula, ff. de usufr.* prout & eorum respectu, quæ in fructu non esse censentur, *l. arborib. evulsis, l. Proculus, inf. ff. de usufr. l. venationem, ff. de usur.* Adde quod dominus liberrimam de re sua disponendi facultatem habeat, *l. in re mand. C. mand.* vt in vsusfructus concessione rei suæ, quam velit, legem dicere possit, *l. Titio usufr. l. licet testatori, ff. de usufr. lega. cum simil.* vt proinde hominis ea provisio legis provisionem tollere debeat, *l. fin. C. de pact. conu. l. & habet, §. cum quis, ubi Bart. ff. de precar. l. si fundum, sub cond. §. Stichum, ubi Castr. ff. de lega. 1. l. cum filio, ff. de vulg. & pup.* maximè, cum dispositio legis, sit juris specialis, *gl. in l. 2. verbo. repellere, ubi Bart. num. 12. & cæteri, C. de jure emphyt. Iason in l. item quia, num. 4. ff. de pact.* Sane cum ea constitutio favorem proprietarij principaliter concernere videatur, omnimodo poterit is huic renunciare concessione ad vlteriores etiam successores porrecta, *l. si quis in conscribendo, C. de pact. c. si diligenti, de foro compet.* Apprime suffragatur, quod aliàs vulgo traditur, in materia sui natura non transitoria ad hæredes extraneos, si dispositio loquatur de hæredibus quibuscunque, etiam extraneos hæredes contineri: pro qua sententia plurimos more suo allegat *Gab. Rom. a. lib. 6. commun. concl. tit. de verb. sign. f. concl. 4.* crebriorem & veriorem *aiet Molin. ad Alexand. consi. 30. numer. 10. vol. 5. refert Grassus §. hæreditas, q. 11. num. 11. atiens ab hac in practica non esse recedendum.* Quinimo concessio jurium nostræ disceptationi propositorum successoribus simpliciter facta, tam de cœteris vlterioribus, quam de primis videtur accipienda, *ut in d. l. antiquitas, sensit Guil. de Cun. ubi Castren. num. 2. Alexander in l. in annalibus, num. 2. ubi Iason num. 3. C. de legat. Idem sensisse videtur Cepolla de servitut. urban. c. 50. n. 21. vers. tertio casu.* Namque pro regula constitutum videmus, vt hæres etiam per multas successiones intelligatur, *l. setenaum, 70. ff. de verb. signif.* eiusq; appellatione, & quidem propria, in qualibet dispositione sive concessione, non solum proximus, sed & omnes vlteriores successores significentur, etsi verbis non sint expressi, *l. hæredis appellatio, 65. l. hæredis appellatione 170. ff. de verb. signif. l. qui per success. ff. de regul. jur. Late Tiraquell. de retrac. conuention. §. 1. gl. 6. num. 20. 21. & tr. le. mor. p. 2. decl. 5. num. 10. 11. 12.* à qua cum nec manifesto juris textu, nec evidenti ratione reperiatur excepta servitus vsus. quasq; sub ea ferme contineri diximus, servitutes personarum, vtiq; non ad proximum solummodo, sed vlteriores etiam pertinebunt, *arg. not. in l. 1. & in l. omnis definitio, ff. de regul. jur.* Quod eo magis perspicuum, si rationem expenderimus, propter quam vsusfructus hæredi concessus ad primum restringitur *in d. l. antiquitas.* Id enim disposuit Imperator, non quia necesse est extingui cum persona vsumfructum, vt agnoscit etiam *Bald. in d. l. in annalib. C. de legatis, traditq. præ cæteris Franc. Aretin. in l. Gallus, §. etiam, num. 56. ff. de lib. & post.* alioqui sequeretur, vsumfructum quem sibi quis hærediq; suo stipulatus esset, quia cum persona stipulatoris evanescit, hæredi competere nullum

lum posse, contra manifestum textum *l. stipul. ista §. si quis ita.* Quod si vsusfructus cum cohærentia, tum expiratio cum primi acquirentis persona, non est impedimento, quo minus ejus hæredi peræque competat vsusfructus licet alius, certe nec per hanc eandem caussam stabit amplius, quin concessus hæredi similiter competere dignoscatur etiam secundo & vlteriori hæredi, siquidem non minus primi hæredis successores in concessione ipsi facta designantur, *d. l. hæredis appellatio, d. l. sciendum, d. l. hæredis appellatione*, quam hæres in promissione facta primo acquirēti, *d. l. stipulatio ista, §. si quis ita.* quippe cuius alioqui sub appellatione sive notione per sese non venit hæres, *l. pecoris, ff. de servit. rustic. l. maritum, cum l. seq. ff. solut. matr. l. in omnibus caussis, l. privilegia, ff. de regul. jur. cum simil.* Restat igitur, vt vera sit ratio dispositionis, ne si inutilis ferme proprietas domino, semper vsufructu in persona remotissimi cuiusque successoris redintegrato, *Guil. de Cumo in d. l. antiquitas, vbi Bald. num. 1. Fulgos. Castren. num. 2. & alij gl. in l. in annalib. ubi Guil. de sum. Bald. n. 1. Fulgos. Salic. n. 1. Castr. n. 2. Alex. n 1. & Jason n. 1. C. de legat. Fra. Aret. in d. l. etiam, num. 56. Anton. Gomez. to. 2. c. 11. de qualit. contrac. n. 14. Angel. consil. 30. Tiraq. de retr. conuent. §. 1. gl. 6. n. 21.* quam indicat Imp. ipse, quæq; caussa fuit, propter quam de legato proprietatis vsufructu hæredi reservato, num sit vtile, veteres disceptarunt. Et in ea quidem ratione semper ICtos nostros vim fecisse maximam quoad usumfructum, apparet ex *l. omnium, §. ne tamen, l. annu. usufr. ff. de vsufr. l. si municipib. ff. de vsufr. lega. §. ne tamen, inst. de vsufr.* Verum illa sibi locum non vendicat in juribus nostris, sive sub usu contineantur, cum ad proprietatem pertineat omne, quo non opus habet vsuarius, *l. plenum, ff. de usu & hab.* sive sub usufructu, cum sint ad certum genus fructuum sive commodorum restricta, vt cœteri fructus vniversi, proprietario remaneant, *l. veluti, ff. de servit. rust. juncta l. qui sit, ff. de usufr.* ut proinde caussa nulla subesse videatur, cur hæredib. etiam concessa, sint ad primos restringenda, exclusis vlteriorib. licet ea voce peræque comprehensis, præsertim cum ad jus commune redeamus, quando vlterioribus etiam hęredibus necessa intelliguntur, *d. l. hæredis appellatio, cum simil.* Adde quod *in d. l. antiquitas*, Imperatoris non aliud propositum fuerit, quam decidere controversiam veterum super vsufructu penes heredem remanente: quorum ij, qui legatū proprietatis inutile statuebant, hac ratione movebantur, quia proprietas vsufructu semper abscedente, cum hæres etiam per multas successiones intelligatur, videretur inutilis futura, vti refert Imp. ipse, multoq; magis ij, si qui veterum ante Iustinianum fuerunt, qui ad primos hæredes vsumfructum restringebant: Huic vero cum non sit locus in vsu & juribus, de quibus agimus, consequitur scilicet, antiquos quoad vsū & iura nostra non invicem dissensisse. Igitur vt hac in parte priscos inter ICtos non fuit vlla controversia, sic non est verisimile, Imperatorem quicquam hic vel immutare vel noviter constituere voluisse, *arg. l. adigere, §. quamuis, ff. de jure patro. c. cum cessante, de app. l. cum pat. §. dulcissimis, ff. de leg. 2. cum sim.* Cumprimis etiam juvatur ista Guil. sententia *per tex. d. l. in annal.* Namq; legatum annum vsui fructui ICtus ipsemet æquiparat *in l. in singulos, ff. de ann. lega.* præsertim quoad extinctionem cum persona eius cui debetur, *d. l. in singulos, l. patrimony, ff. de usufr. lega.* Nihilominus hæredib alicuius relictum, nō modo primis, sed & hęredū hęredib. deberi pronunciat Iustin. *d. l. in ann.* quod certe non alia de caussa dispositum videtur, quam quia non potest hic eadem conjectura voluntatis defuncti ad primum hæredem restringendę sumi, quæ *in d. l. antiquit.* quoad usumfructum simpliciter constitutum subest, ne scili-

ne scilicet invtilis pene sit proprietas abscedente semper vsufructu, siquidem proprietas rerum a defuncto relictarum neutiquam sit invtilis, etjamsi legatum annuum inde sit perpetuo præstandum: vt eo minus dubitandum sit, vsum nec non vsumfructum certo genere fructuum circumscriptum, si sit hæredibus relictus, etjam ad hæredes hæredum pertinere, *per d. l. in annalib.* Nec obstant, quæ pro Baldo & Saliceto *in d. l. antiquitas* contrarium tenentibus adduci possunt. Namq; licet vsus ijsdem modis finiri dicatur, quibus vsusfructus, *tex. in pr. inst. de vsu & habit.* multoq; magis de his idem sentiendum videatur, quæ sub vsufructu tanquam species sub genere continentur, cum quæ de genere dicuntur, de qualibet eius specie dicta censeantur, *l. item legato, §. item interest, ff. de lega. 3.* tamen id procedit hactenus, si ratio propter quam peculiariter in vsufructu tale quid cōstitutum fuit, in vsu juribusque sub vsufructu contentis peræque militet: hac enim deficiente non modo in vsu diversum obtinet, *l. usus pars, ff. de usu & hab. cum simil.* sed in iuribus etiam sub vsufructu contentis; cum generi derogetur per speciem, *l. in toto, ff. de regulis juris*, nec dispositio de genere concepta vltra rationem procedat, *l. adigere, §. quamvis, ff. de jure patro. cum pluribus in hanc sententiam adductis per Ioan. Bologn. in l. omnes populi num. 181. & nu. 183. ff. de just. & jure.* Quanquam nec incommodè dici posset, ijsdem nihilominus modis vsum finiri, quibus vsumfructum, quandoquidem cum persona primi hæredis peræque vt vsusfructus extinguitur, *l. 3. §. morte, ff. quibus modis vsusfr. amitt. l. vsus aqua, ff. de vsu & hab.* & in persona subsequentis hæredis novus iterum vsus emergit secundum voluntatem concedentis, *l. stipulatio ista, §. sed si quis vti, ff. de verb. oblig.* Vnde licet vsus veram transmissionem non magis quam vsusfructus recipiat, *d. l. usus aquæ.* fictam nihilominus recipit, prout etiam jura nostra sub vsufructu contenta, qūatenus voluntati concedentis omnimodo consentaneum ostendimus, vt hæredibus relicta, post primos competant etiam vlterioribus, *d. l. in annalib. d. l. hæredis appellatio, cum concor.* Etsi vero sæpè plures vni hæredes existant, ac proinde quilibet eorum vsum habeat integrum, quippe individuum, vt quisq; tantum sumere posse videatur, quantum sibi opus est, *ita Bartol. in l. 4. §. Cato, num. 29. quem excepto Iasone sequuntur illic omnes alij teste Ripa ibid. num. 91. & seqq. ubi Iasonis argumentis respondet, ff. de verb. obligat.* non tamen ij fructibus fundi servientis ad vsum protinus indigebunt vniversis, vel si maxime fructus omnes absumturi sint, *l. fundi, in princ. ff. de vsu & habit.* neutiquam ea de caussa perpetuo fuerit inutilis futura proprietas, cum & pluribus vicissim vnus hæres existere possit ac soleat, & sępius eius ætatis aut conditionis sit hæres, vt fructibus fundi parum vel nihil indigeat, vt rectè replicat *Alexan. in d. l. in annalib. num. 2.* Quinimo sive inter vivos talis concessio facta sit, cum ex onerosa plerumque caussa fiat, non erit, quod conqueratur concedens, cum si nimia sit inæqualitas pretij vel eius, quod loco pretij percipit, & juris concessi, poterit ad illam evitandam ex modicitate pretij conjectura capi de voluntate contrahentium, quod de primo sive primis modo, non vlterioribus senserint, *per ea, quæ traduntur longa serie relati a Menoch. de præsum. lib. 3. præsumt. 73. num. 1. quæq. congessit ipsemet in d. præsumt. per tot.* Sive in vltima voluntate, planum est interpretationem fieri pleniorem debere, *l. in testamentis, ubi Dd. ff. de regulis juris.* Deniq; si maxime prætendatur, servitutes, quia libertati prædij contrariæ sunt, odiosas esse, *VVesenbec. consil. 69. num. 15.* replicatur, etiam in materia stricte intelligenda, & odiosa, & in exorbitantibus, hæredis appellatione venire hæredem hæredis, *Bartol. in l. fin. C. de hær. inst. Tiraquell. de retr. conuent.*

conuent.

comm'nt. §. 1 gl. 6. nu. 20. communemq; *dicunt Bellonus lib. 7. supput. c. 16. num. 6. & 7. & Grassus. §. hæreditas, quæst. 10. nu-*
25 *mer. 3.* Cœterum † si sint vniversitati concessa jura, de quibus agimus, non ad centum annos modo, sed in perpetuum similiter censebuntur in dubio constituta, *ut sensisse videntur Guil. de Cuno, in d. l. antiquitas, & ibid. Castr. nu. 2. Alex. in d. l. in annalib. n. 1. & 2. & Ias. n. 3.* Quando enim asserunt, proprietatem inutilem non reddi, etiamsi perpetuo duret vsus, eoq; dispotita propter illam caussam in vsufructu, non in vsu procedere: certe nihil aliud in effectu tradunt quam vsũ, sive quod in idem recidere videtur, isthæc jura vniversitati concessa, non ut vsumfructum simpliciter constitutum centum annis finiri: Id quod satis etiam per ea probatur, quæ modo pro sententia Guil adduximus, præsertim *per d. l. in annalib.* qua enim annuum legatum vsuifructui alioqui simillimum hæredi relictum, perpetuo in personis vlteriorum hæredum quoque durare oportere statuatur, quia scilicet verisimile non sit testatorem legando hæredibus in annos singulos, de primis tantum hæredibus sensisse, cum non sit inutilis futura proprietas, etiamsi vlteriores etiam hæredes ex fundo quotannis legatum percipiant: utiq; multo magis hæc jura, quæ proprietatem peræque non inutilem reddunt, etiamsi perpetuo durent, vniversitati concessa, vnius hominis vitâ, hoc est, spacio centum annorum non erunt circumscribenda. cum vniversitas eadem remaneat semper, *l. proponebatur, ff. de judic.* eoq; jus illi cohærens perpetuo posit ab ea sustineri, sed hæredum semper vnus post alium decedat, ut in persona cujusq; novam suboriri servitutem necesse sit, *a. l. stipul. ista, §. sea si quis uti, ff. de verbor. oblig.* facilius autem legitime constitutum, actuq; subsistens conservatur & sustentatur, quam de novo rursius producitur, *l. patre furioso, ubi præ cæteris Iason nu. 8. ff. de his qui sunt sui vel ali. jur. l. ut pomum, in fi. ff. de s. ru. l. si plur. vers. quod si una, ff. de verb. oblig. c. super his, de accus. Dd. in c. factum legitime, de regul. jur. in 6. & in l. in ambiguis, §. non est novũ, ubi Dec. n. 1. ff. de reg. jur. Bald. cons. 132. li. 2. Zas. in parat. ff. de seru. n. 16. Cravet. consil. 4. n. 9. vol. 1.* Quinimo præter Interpretes paulo ante relatos idipsũ videtur esse de mente statuentium cotra Bart. legatum annuum vniversitati relictum perpetuo deberi, nec lapsu centum annorum finiri, quos ordine recenset & sequitur *Covarr. lib. 3. var. resol. c. 9. n. 10. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 15. n. 20. ubi Eman. Soar. in add.* Textus vero *l. an vsusfr. ff. de vsufr. & l. si vsusfr. municip. ff. de vsufr. lega.* obstare, tantum abest, ut ex ijs rectius ponderatis potius argumentum ad huius rei confirmationem desumi posit. Equidem vtrobiq; perhibetur, vniversitatem in vsufructu propterea centum annis, qui finis vitæ longissimus, solũmodo tuendã esse, ne si perpetuo retineret vsumfructum, nudæ proprietatis nulla sit vtilitas. Isthæc ratio cum vtrobiq; pro fundamento decisionis adducatur, juribus autem nostræ disceptationi subjectis haudquaquam conveniat, quod ex præcedentibus abũde liquet, necesse est, in hujusmodi juribus dispositionem *d. l. an vsusfr. & d. l. si vsusfr. municip.* procedere minime posse, *l. quod dictum, ff. de pact. l. de eo, cum l. seq. ff. de judic. l. 1. §. si intelligatur, ff. de aqu. ædil. edict.* Namq; dum centum annis vsumfructum vniversitati relictum determinant, quando metuendũ, ne fiat proprietas inutilis, evidenter hoc ipso per contrarium sensum judicant, ubi non est huiusmodi quid verendum, lapsu centesimi anni vsumfructum civitati quæsitum, multoq; magis vsum non intercidere, *l. 1. ff. de offic. cius. l. qui testamento, §. mulier, ff. de testam. vtrobiq; not. per Dd. c. puellæ, 20. q. 2. cum simil.* Nec valebit, si dicatur anni centesimi lapsum, quo ad universitatẽ, respondere morti singulorum, eiq; veluti surrogatum esse, ut idem de illo, quod de hac, judicandum sit. *per l. si eum, §. qui injur. ff. si quis caut. l. 1. §. hæc actio, ff. si quis testamento liber. & vtrobiq; not. per Dd.* Non

enim lapſus temporis, ſed everſio vel interitus univerſitatis correſpondet morti, *l. ſi uſusfructus ciuitati, ff. quib. modis vſusfr. amit.* ac ſi vſusfructus evaneſcentis cauſſam diligentius inveſtigemus, morte finitur ille, non tam per ſeſe, quatenus mors eſt, quam ſecundario, minuſq; principaliter, quatenus morte ſubtrahitur perſona, cui uſusfructus adhæret, *l. 3. §. 6. ff. quib. modis uſusfr. amitt.* ut proinde ſi maxime lapſus anni centeſimi morti ſurrogatus eſſet, idem tamen de eo judicium fieri minime deberet, cum per illum non ſubtrahatur nec perimatur univerſitas, eoq; ne quidē ſecundario per eum extingui poſsit uſusfructus, *arg. d. l. 3. §. fin.* ſed per legis modo peculiarem diſpoſitionem, qua propter utilitatem proprietatis poſt exactos centū annos uſusfructus civitati relictus finiri jubetur, *d. l. an vſusfr. d. l. ſi vſusfr. municip.* Nec moveamur, quando rationem *in d. ll.* aſsignatam non præciſe videmus obtinere, cum quandoq; poſsit aliqua proprietatis vtilitas eſſe, licet vſusfructus civitati conceſſus lapſu centum annorū non terminetur. Quamvis enim negari nequeat, cœteris illū nihilominus modis finiri poſſe, ut ſup. notatum, ſatiſq; probat *d. l. ſi vſusfr. ciuitati, ff. quib. mod. vſusfr. amitt. & l. corruptionem. C. de vſufr.* non tamen eo minus vera eſt aſsignata ratio, ſiquidem præ cœteris omnino modus ille finiendi cum vita hominis deficiente, principaliter ac præcipue reſpicit & concernit vtilitatem proprietatis, cum, quia frequentiſsimus vſitatiſsimus, ipſiq; uſufructui maxime naturalis, cœteris contra rarius, & quodāmodo per accidens evenientib9: quod autem rari9 eſt, tantopere jure noſtro non attenditur, *l. nam ad ea, cum l. ſeq. ff. de legib.* tum, quia modus iſte non ſubjacet voluntati vel arbitrio eius cui debetur vſusfructus, ſed ex ipſa naturæ neceſsitate dependet, atq; adeo ſic finit vſumfructum, ut dominus plenam incipiat habere proprietatem, *§. fin. inſt. de uſufr.* cum e diverſo reliqui modi plane ſubjacere videantur arbitrio eius, cui debetur vſusfructus, ut ipſius in poteſtate ſit, vſumfructum amittere velit, non utendo, remittendo, incurrendo pœnam maximæ vel mediæ capitis diminutionis, an eundē diutiſsime retinere invito proprietario, vel ſi non ſubſint eius voluntati, tamen ita perimant vſumfructum, ut ad proprietatem non revertatur, idquod in rei mutatione vel interitu conſuevit vſu venire, *l. ſi ager, ff. quib. mod. vſusfr. amitt.* Itaq; IC. ipſe non obſcure profitetur, quantumvis aliis modis vſusfructus ad proprietatem reverti poſsit, non minus tamē adductam rationē vigere, nec eo plus utilitatis habere proprietatem, niſi centū annis humanæ vitæ longiſsimū pene terminum conſtituentibus ille circūſcribatur, & ipſo jure vel invita univerſitate finiatur, *d. l. an vſusfr.* Et hæc de priore diſtinctionis mēbro ſufficiant.

EXERCITATIO SEPTIMA.

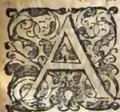
De jure venandi vel aucupandi in alieno fundo, & ſimilibus, quando ſint ſervitutes prædiales?

SVMMARIA.

1. *Jura in alieno venandi, aucupandi, & ſimilia, conceſſa non tam perſonis, quam locis, ſunt ſervitutes prædiales.*
2. *Locis etiam ſacris, religioſis & ſanctis deberi poſſunt ſervitutes.*
3. *Acquiri bona poſſunt Eccleſiæ particulari cuiuſq; loci ſacri.*
4. *Publicis & univerſitatis locis conſtitui ſervitutes poſſunt.*
5. *Jura venandi, aucupandi, &c. ſunt ſervitutes prædiales, etiamſi locus, cui debentur, non ſit unicus ſingularis, ſed collectivus.*

6. Idē

6. *Idq; verum, sive loci singulares illo contenti, sint contigui, sive non.*
7. *Æque precedit, etiamsi locis non simpliciter, sed cum respectu personarum ibi degentium debeantur.*
8. *Nec tam loci, quam personarum ibi degentium commoditatem principaliter concernere videantur.*
9. *Consuetudo, ut jura vtilitatem personis modo, non prædijs afferentia sint reales servitutes, valet.*
10. *Prædicta jura in dubio censentur esse constituta locis ipsis.*
11. *Personis à loco recedentibus servitutes minime transferuntur.*
12. *Vniversitate loco vniversali sive collectivo servitutem acquirente, non plures pro numero locorum, sed vna tantum servitus inducta censetur.*
13. *Etiamsi non toti loco collectiuo; sed parti eius certæ duntaxat competat.*
14. *Nec interest, loci singulares sub loci universi certa parte, cui servitus acquiritur, comprehensi, sint privatorum dominio subjecti, an ipsius universitatis, non singulorum.*
15. *Singulis nomine suo servitutem acquirentibus, tot servitutes inductæ censentur, quot prædia sunt, quibus acquisiverunt.*
16. *Præscriptione vel expressa concessione jus acquiri potest, ne hominibus vniuersitatis aliunde, quam certis è fundis emolumentum inde prouenìens præstito consueto salario redimere liceat.*
17. *Idq; jus est servitus realis.*



ALterum restat enucleandum, quando jura in alieno venandi, aucupandi, ligna cœdendi, & similia, non tam ipsis personis, quam locis constituta fuerunt, & acquisita: Quo casu procul dubio veræ servitutes erunt reales, *vt sensit Zasius in §. æque, numer. 25. & seqq. institut. de action. & in paratit. ff. de servit. num. 20. & 21. nec non in singularib. responsis lib. 1. c. 11. num. 1. & 3. & consil. 6. numer. 30. lib. 2. Longovall. in l. imperium, §. 4. §. lex autem, num. 16. ff. de jurisdict. Couarr. lib. 1. variar. resol. c. 17. num. 11. versic. quid ergo. Menoch. de retin. poss. rem. 6. num. 38. Mynsing. in §. inter rusticorum, num. 6. instit. de servitut. Gaill. lib. 2. obseru. 66. num. 2. dicens ita notissima Germaniæ consuetudine obseruari, & in Camera secundum Zasij opinionem fuisse judicatum: Petrus Frider. de mandatis, c. 41. numer. 4.* Nec immerito: Cum enim adsit fundus serviens, in quo, ac dominus, per quem constituantur, nec non locus dominans, cui quærantur, nec desit per quem fiat acquisitio, cumque caussa legitima etiam interveniat constitutio, nihil amplius deficere videtur, quo minus isthæc jura agendi habendive in alieno, quod alias jure communi non licet, servitutes esse reales statuantur, per ea quæ tradit *Capolla de servitut. vrb. c. 17. per tot. Satis erudite comprobat Zasius d. c. 11. numer. 3.* Quinimò cum servitutes reales vix vllo requisito discernantur evidentius tum à servitutibus personalibus, tum à pactis & obligationibus, quàm eo, quod rebus ipsas, & quidem solas, concedi necesse sit, & acquiri, vnde nomen etiam obtinuerunt, *l. 1. ubi D.d. ff. de servitut. §. ideo, instit. de servitut. l. 1. ff. commun. prædior. cum similib.* vt sit illud quasi norma quædam certissima reales agnoscendi servitutes, *l. pecoris, l. si mihi, §. fin. ff. de servit. rustic.* vel hinc apparet, non esse dubitandum, quin jura nostra locis acquisita, nec personis, nisi ratione & occasione locorum competentia, servitutibus realibus accensenda sint. Quæ sententia ampl. 1. ut huiusmodi jura sint vere servitutes reales, etiamsi locus ille, cui constituuntur, non subsit, nec subesse possit dominio privatorum, puta, si rebus sacris aut religiosis, vel etiam publicis illæ debeantur:

2 Namq; locis sacris, religiosis atque sanctis servitutem acquiri sive deberi posse, *text. est in l. servitutes, 14. §. servitus itineris, ff. de servit. l. 1. in fin. ff. si servitus vend. l. iter sepulchro, ff. quemadm. servit. amitt. l. si venditor, l. si quis sepulchrum, ff. de religios. per quos ita sensit, gloss. in d. § servitus itineris, ubi Bartolus, Castrens. ac præ cæteris Corsi. Iacob. Ravan. Albert. & alij in d. l. iter. Cæpolla, de servitut. urb. c. 15, num. 1. & c. 16. num. 2. Corsius in l. servitutes ipso, num. 5. & 6. ff. de servitut.* Ac licet adducti textus loquantur in servitute itineris ad sepulchrum, eamque ob caussam Donell. *lib. 11. commun. de jure civ. c. 9. versic. impeditur tamen,* arbitretur, eos in itineris tantum servitute procedere: tamen isthæc restrictio minime probanda, siquidem servitutes, si non omnes, attamen plurimæ, non minus quam iter, locis sacris & religiosis utilitatem afferre consueverunt, puta, jura cædendi lapides aut ligna in alieno, coquendi calcem, quantum ad refectionem vel ædificationem hi loci opus habent, prout etiam sacri non minus quam religiosi itinere vel servitutibus alijs indigere videntur: ut proinde cum iter, quod eandem cum reliquis servitutibus naturam sortitur, deberi possit locis religiosis, quantumvis ij nec hominum commercio subsint, nec dominum habeant, per quem acquirant, *jur. præst.* peræque debeant ijsdem aliæ quoque competere, parique ratione sacris etiam eodem defectu nihil obstante acquiri; quandoquidem hoc ipso satis apparet, in præcitatis legibus perinde, ut in alijs quamplurimis præsertim de servitute loquentibus, clarioris ut plurimum doctrinæ gratia, de vna enunciari specie proposita, quod in plerisque vel vniversis eiusdem generis speciebus est verum, *l. si cui, l. si iter, l. si tam angusti, ff. de servit. l. cum eo, l. servitutes, §. si domo, & §. si sublatum, ff. de serv. urba. l. per quem, cum l. si q. l. uns, l. si unus, ff. de serv. rust. cum simil.* atq; adeo itineris & sepulchri mentionem potius factam exempli loco, quo legis dispositio declaratur modo, neutiquam coarctatur, quo minus in alijs eiusdem generis obtineat, *l. regula, §. fin. ff. de jur. & fac. ignor. l. sciro, §. penult. ff. de excus. tut. l. damni infecti stipulatio, 30 in fin ubi Dd. ff. de damn. infec. l. 1. §. quod vulgo, ff. de vi & vi arm.* vel eo magis cum sit pro regula traditum, quamlibet legē de themate particulari loquentem decidere omnes casus similes, ex hoc solo, quod posita fuit in corpore juris, ut post alios egregie scripsit *Bolognet. in l. 1. num. 54. & 55. C. de eaend. & in l. vinum, num. 15. ff. si cert. pet.* Deinde sepulchra olim & in privatorum fundis habebantur, *§. religiosum, instit. de rer. divis. l. 2. ff. de religios.* & jura inferendi mortuos ad privatos pertinere solebant, qui locum sepulturæ peculiariter sibi suisque vel in suo constituerant, constitutumve à majoribus acceperant, vel in alieno comparaverant, *l. familiarta, cum l. seq. & simil. ff. de religiosis.* Vnde cum sæpissime ad illa per alienum fundum esse deveniendum, frequentius de itineribus sepulchro debitis, aut constituendis inter homines privatos contendebatur, ac proinde factum, ut ICti aliquoties itineris sepulchro debiti meminerint, non item reliquarum servitutum, locorumve sacrorum, quippe qui nec in fundis privatorum constituuntur, *l. in tantum, §. sacra, l. sacra, ff. de rer. divis. §. si quis in sua domo, in auth. de ecclesiast. tit.* nec utilitatem peculiariter privatis ut singulis competentem concernunt, sed cultui divino publice destinati sunt, *§. sacra, inst. de rer. divis. d. l. in tantum, §. sacra. d. l. sacra.* Quoties autem ratione frequentioris vsus vnica modo species in dispositione deprehenditur expressa, dispositio legis etiam pœnalis, nedum exorbitantis, non ad illam speciem coarctatur, sed in alijs etiam procedit, in quibus idem vel omnino simile, licet non ita frequenter usu venit, *prout tradit gl. notabilis in Clem. 1. verbo, præsidentes, ubi eandem Anton. de Butr. Cardin. & Ioa. ab Imol. commentant. de re-*

de rescript. Refert & sequitur Euerhar. in loc. a ratione legis larga, num. 38. Accedit & hoc tertio, quod vbi specialis dispositio perhibetur, omnimodo ratio requiritur, propter quam fuerit peculiariter ita constitutum, *l. licet de vitanda, in fin. de elect. Dd. in l. singularia, ubi post alios Belognet. num. 18. ff. si cert. petit. Jason in auth. quae actiones, num. 8. C. de sacros. Eccles. & in l. si ex toto, nu. 9. ff de legat. 1. Euerh. in loc. à special. nu. 2.* quæ tamen in proposito vix haberi posse videtur, quando sacris in locis eadem obstat inhabilitas, eadem subest vtilitas, quæ in religiosis, tamq; necessariæ illis cœteræ servitutes, quam iter. Nec enim illa sufficeret, quod sine itinere ad sepulchrū, nullus sepulchri foret vsus: alioqui sequeretur, vbi sepulchri vsus esse potest sine itinere, non id constitui sepulchro posse, quod legibus præcitatis repugnat, & maxime *d. §. servitus itineris*, quo remissio itineris sepulchro debiti conceditur, quod minime permitteretur, nisi competeret iter etiam cum absq; illo suus sepulchro constat vsus. Quid autem frequentius, quam ut privatis per fundum proprium liber ad sepulchrum pateret aditus, cum in locum suum plerumq; mortuos inferrent, *d. §. religiosum, instit. de rer. diuis.* eoque suus quidem sepulchro vsus, rationi locus nullus esse posset. Sed nec dicere cum Donello licebit, iter non tam ipsi sepulchro, quam solo privato deberi, quia scilicet intelligi debeat in extremo sepulchri seu loci religiosi, tantum relinqui privati, quanto opus est ad accedendum, item ad iter constituendum & acquirendum ad sepulchrum. Sic enim iter non ad sepulchrum foret, sed ad rem sive solum privarum, nec ut iter ad sepulchrum vendicari posset, quod est adductis antea legibus contrarium: constat enim iter ad eum pertinere locum, qui dominans est, *l. servitutes, §. si domo, ff. de seruit. urb. l. si vnus, 19. l. itineris, ff. de seruit. rustic.* Quod si privato solo deberetur iter, quod ad sepulchrum competere dicitur, certe perperam ICtus regulam, quod is demum, qui prædium dominans habet, servitutem acquirere possit, restrinxisset, ne procedat in itinere ad sepulchrum, siquidem in eo quoq; procederet itinere, quippe debito rei privatæ, non sepulchro. Iam vero sive loco puro proxime penes sepulchrum existenti dicamus iter deberi, consequetur id absurdum, iter esse sine prædio dominante, fundumq; sibimetipsi quodāmodo servire, cum sepulchrum, quando iter ei necessariū est, in fundo sit alieno, per quem transeundum, ac propterea præter sepulchrum, quatenus corpus humatum est, locum complectens, cœtera omnia pura, partesq; fundi dominio possidentis subjectæ remaneant, *l. locum, §. sepulchrum, ff. de religios.* In suo namq; si quis sepulchrum habeat, ad illud ei ratione dominij patet aditus: Sive spacio, quanto opus est ad iter constituendum & acquirendum: concernet id quoq; fundum servientem, quippe in quo locus itineri faciundo designandus, vsq; dum ad fundum dominantem deveniatur, *l. si cui, ff. de seruit. l. per fundum, l. per quem, l. vna est, ff. de seruit. rustic. cum simil.* Et quid pluribus opus, cum ICtus ipse verbis expressis profiteatur, iter ipsi sepulchro debitum, *d. l. iter sepulchro*, quod quidem locum esse religiosum, quippe illatione mortui demum constitutum, eoq; nullius in bonis, certum est, *l. vel quae, in fin. cum l. seq. ff. de religios.* Multo minus eo confugiendum, quod privatorum in fundis olim sepulchra constituta fuerunt. Nam propterea quidem frequentius contentiones privatorum super itinere sepulchris concedendo movebantur, at nihil ea res ad itineris acquisitionem, cum sepulchra nihilomagis fundorum, in quibus sunt, naturam induant, sed peræque cum sacris hominum commercio subducantur, diviniq; juris existant, ut caussa sufficiens minime videatur, cur magis contra rationem juris acquiri sepulchro

stro possit servitus, quæ privato solum conducit habenti jus inferendi mortuum, quam loco sacro, civili deberetur, omnibus prodesset, uti locus ipse sacer omnibus patet ad cultum divini numinis peragendum, *§. sacra, & ibi not. per Dd. instit. de rer. div.* Quartò comprobatur, quia res divini juris, sunt maximè favorabiles, *l. placet, l. sacrosancta, l. privilegia, ubique Dd. at ferme t. t. C. de sacros. Eccles. auth. similiter, ubi præ cæteris Lud. Roman. C. ad legem Falc.* & publicam simul omnium utilitatem concernunt, *l. 1. §. hujus studij, ff. de just. & jur.* Quoties autem sumus in favorabilibus, non tantum dispositionem, quæ jus commune minimè restringit, verum etiam exorbitantem sive juris communis limitatoriam extendere licet, etiam ab uno genere rei favorabilis ad aliud æque vel magis favorabile, *gl. in l. illud, verba, alia caussa, ubi Bartol. num. 3. & Castrens. numer. 4. & in l. fin. verbo, captivorum, C. de sacros. Eccles. tex. ad hoc notabilis in c. cum dilecta, §. nolentes igitur, ubi Panorm. num. 8. de confirm. utilit. & in l. cætera, §. sed si quis, ubi Alexan. num 8. ff. de legat. 1. Fac. l. argentarius, §. 1. ff. de eden. & l. hoc modo, in fin. ff. de cond. & dem. Bartol. in l. si constante, numer. 42. ubi post alios Alexan. num. 5. & Jas. numer. 32. ff. solut. matrim. Joan. ab Imol. in l. si vero, §. de viro, num. 29. ff. solut. matrim. Alexan. in l. 1. numer. 50. ff. de offic. eius, & in l. si pecunia, numer. 8. ff. si cert. petit. & in l. 5. num. 54. ff. solut. matrim. & in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 5. ff. de liber. & post. Idem late in l. Centurio, num. 12. & 15. ff. de vulg. & pup. Jason in l. si ex toto, num. 10. ff. de legat. 1.* Multo magis igitur in contentis sub eodem genere rerum, videlicet, divini juris, dispositionem licet exorbitantem de religiosis ad sacros locos accommodare licebit, *per prædicta*, vel eo maximè, cum & alias innumera ferme jure civili contra rationem disputandi pro communi utilitate recepta sint, *l. ita vulneratus, in fin. ff. ad leg. Aquil.* & in primis in ambiguis religionum quæstionibus, qualis nostra, propter utilitatem publicam omitti stricta ratio soleat, quando summa est ratio, quæ pro religione facit, *l. sunt personæ, in fin. ff. de religios.* Quintò: Quia constat favore locorum divini juris introductum esse, ne sint in commercio vel hominum dominio, prout apparet ex *§. sancta, instit. de rer. divis. l. sacra, ff. de rer. divis. l. 2. §. locorum sacrorum, ff. ne quid in loco public. l. sancimus, C. de sacros. Eccles.* Verum quod ijsdem servitutes minus competere posse videntur, non alia de caussa evenerit, quam quia nec in hominum sunt commercio, nec dominum habent, per quem servitutes eis acquirantur, cum tamen utilitatem rebus divini juris peræque servitutes allaturæ sint, quam rebus privatorum. Ne igitur, quod ob gratiam rebus divini juris inductum est, in odium detorqueatur earundem, erit omnimodo concedendum, nihil id obstare, quo minus etiam sacris locis servitutes acquirantur, *c. quod ob gratiam, de reg. jur. in 6. l. nulla juris ratio, ff. de legib. l. quod favore, C. d. t. l. non eo minus, C. de procur.* Deniq; sexto † comprobatur ex eo, quod Ecclesiæ particulari cuiusque loci sacri, per episcopos, prælatos, aliosve administratores, non minus quam cuiq; privato acquiri, deberive possint bona & res in hominum commercio existentes, quotquot dominio singulorum alioqui subjici consueverunt, *l. jubemus nulli, & auth. hoc jus porrectum, cum seqq. l. sancimus res, l. ut inter, C. de sacros. Eccles. c. ea enim, cum seqq. 10. q. 2. t. t. de reb. Ecclesiæ non alien. c. 2. cum simil. de religios. domib.* nec propterea divini juris fiant, sed patrimoniales privatiq; juris, & in communi hominum commercio remaneant, *jur. præcit. c. si quis objecerit, 1. q. 3. cum simil. Patet ex traditis per gloss. singularem in c. expedit, 12. quæst. 1. Dd. ad rubr. ubi Panorm. & Host. in summa, de reb. Eccles. non alien. & in c. cum super, ubi præ cæteris Panorm. num. 18. de causs. poss. & proprietat. nec non in §. sacra, ubi Mynsing. num. 8. Schneid. num. 2. VVesenb. nu. 2. instit.* 3

institut. de rer. divis. Duaren. in tract. de Ecclesia, ministerijs & beneficijs Eccles. lib. 2. c. 1. & 2. Petrum Greg. in syntagm. lib. 2. c. 28. Donell. lib. 4. commun. de jure civil. c. 1. §. rebus huius generis, versic. nam quod praedia. Late post alios à se relatos Francisc. Sarmentius de reditib. Ecclesiast. parte 1. cap. 1. numer. 15. usque ad finem: ut reditus ex ijs particularis Ecclesia cuiusque loci percipiat peræque ut privatus quilibet ex suis, *d. c. ea enim, & c. huiusmodi, 10. quaest. 2. c. concessio, cum 3. seqq. 12. quaest. 2. c. ut super, de reb. Ecclesiae non alien.* atque adeo bona illa in dominio, proprietate, sive patrimonio Ecclesiæ sint, & ab ea privatorum jure teneantur, *c. huiusmodi, 10. quaest. 2. c. Vulterane, 12. q. 2. l. jubemus, C. de sacrosanct. Eccles. Dd. lo. pracitat. maxime Sarment.* & alienari, nec non in contractum deduci queant, sive mobiles, sive immobiles sint, quamvis illius favore peculiariter dispositum, ut ita demum alienatio huiusmodi bonorum valeat, si certæ solennitates intervenerint, & sit Ecclesia ære alieno gravata; vel eius conditio fiat inde melior, *§. hoc etiam, & tot. tit. in authen. de alienat. & emphyteu. cap. 1. c. ad nostram, de rebus Ecclesia non alien. cap. 1. d. t. in 6. ubiq. Dd. & luculenter Sarment. d. p. 1. cap. 2. 3. & 4.* Quid mirum igitur, si servitutes etiam prædiales possint per eosdem Ecclesiæ locorumve sacrorum administratores acquiri locis huiusmodi, quam cuique prædio privato deberi possunt, nec tamen propterea divini juris fiant, quippe quod non magis necesse, quam in rebus alijs Ecclesiæ quæsitis, sed penes Ecclesiam ratione loci sacri ea conditione sive qualitate sint, eoque jure debeantur, quo ratione profani loci dominantis forent apud unumquemque privatum, hoc est, privati juris remaneant, *d. l. servitutes, §. servitus itineris, ff. de servit.* Imo tanto magis illæ pijs locis acquirentur sive debebuntur, quam actiones & cœtera jura incorporalia Ecclesiæ, quod hæc quidem sui natura personis modo adhærere deberive consueverunt, *l. nihil aliud, ff. de act. & obligatio.* illæ præ cœteris id peculiare habeant, ut rebus inanimatis, hoc est, locis alienis, quales etiam sacri sunt & religiosi, debeantur, *l. 1. ff. de servitut. cum similib.* Nec obstabit *l. quae religiosis, ff. de rei vendicat.* quæ de rebus loquitur corporalibus, prout etiam totus ille titulus, ac vel ipsius actionis realis, corpora modo concernentis natura evincit. Eas vero non mirum fieri religiosas, cùm cœperint esse partes integrales loci religiosi simul atque in constructione loci religiosi adhibitæ, vel eidem postmodum infixæ vel inædificatæ fuerunt, *l. in rem, §. si quis res sua, cum §. §. seqq. ff. de rei vendicat. l. cum qui, l. rerum mixtura, ff. de usucap.* Namque cum totum partibus illis invicem cohærentibus constans, videlicet sepulchrum sive locus ipse sit religiosus & hominum commercio exemtus, necesse est, quamlibet eius partem integralem, esse religiosam & extra commercium hominum, *l. quae de tota, ff. de rei vendicat.* alioqui nisi partes illius integrales essent, eaque de caussa eiusdem juris atque conditionis cum toto fierent, eandemque cum toto naturam sortirentur, simplex adhærentia sive contiguitas cum loco religioso illas per sese non posset efficere religiosas, ut Accursius ipse notanit *in d. l. quae religiosis*, quod vel ex eo patet, quia loci religiosum ex parte qualibet ambientes, licet ei adhæreant arctissime, tamen puri, privatique juris remanent, *l. 2. §. sepulchrum est, ff. de religios.* Quod si res immobiles, quæ sui natura facilime illatione mortui convertuntur in religiosas, propter adhærentiam cum loco religioso licet arctissimam, religiosæ neutiquam fiunt, nisi partes illius existant, longe minus servitutes loco religioso debitæ divini juris efficientur, cum nec partes illius esse posint, quippe incorporales, nec eius naturę vel conditionis sint, ut religiosæ fieri queant.

Nam qui valeant religionis aliquid
à loco suscipere vel attrahere, quæ
non tam reipsa subsistunt & inhæ-
rent, quam ratione inducuntur &
sustinentur, siquidem servitutes pro-
ut etiam actiones & cœtera jura in-
corporalia saltem sunt habitudines
& quidam quasi respectus personis
& rebus dispositione legum nostra-
rum ideo tributi, ut quæ res, quibus
vel personis vel rebus competere de-
beant, quid quantumve cuiq; præ-
standum permittendumve sit appa-
reat, *l. quid aliud, 86. ff. de verbor. signi-
ficat. l. qui fundum, 12. ff. quemad. serv.
amitt.* Quanquam posset etiam ne-
gari, servitutes quoniam loco reli-
gioso debentur, protinus ei tanquam
subjecto inesse vel inhærere: siqui-
dem si rem non conniventibus ocu-
lis intueri velimus, cum Iac. de Are.
statuendum fuerit, serviens predium
esse subjectum, cui servitutes hærent
infixæ, à quibus etiam id denomina-
tionem accipit: semper enim id acci-
dentis subjectum, quod ab eo deno-
minatum reperitur: quandoquidem
dici requirit inesse: sic tutoria pote-
stas non in pupillo, sed in persona tu-
toris hæret atq; subsistit, *§. 1. instit. de
tutel. l. 1. ff. de tutel.* Ita servitus, quæ
est inter homines, personæ servi,
non domino inhæret, *§. servitus au-
tem, instit. de jure perso.* Idipsum in ser-
vitutibus prædialibus manifestum
compluribus juris nostri textibus,
quorum aliqui servitutes in servien-
te fundo consistere, *l. 3. ff. de servit. l.
servitutes 19. in pr. ff. de servit. urb. prad.
cum simil.lib.* nonnulli servitutes in eo
constitui, *l. & in provinciali, C. de ser-
vit. cum concord.* alij servitutem in alie-
no fundo esse, *l. ergo, ff. de servit. rust.
prad. l. eorum, ff. de damn. infec. l. in no-
xalib. ff. de noxal.* quidam prædio ser-
vienti imponi servitutes perhibent,
*l. ei fundo, ff. de servitu. l. nemo, 38. ff. de
servit. urb. l. cum fundo, ff. de serv. rustic.
l. si quis duas, §. 1. & §. si quis partem, l. ita
tradendis, ff. commu. prad.* quorum cer-
te nullum de fundo dominante in ju-
re nostro dicitur, nec congrue dici
posset, prout etiam de serviente fun-
do minime perhiberi possent, nisi ser-
vitus ei vere ut subjecto inesset: Ita
recte videntur etiam ex recentiori-
bus sensisse, *Donell. lib. 9. commu. de jure
civil. c. 21. vers. hac de verbo, & vers. hoc
jus, ut in re. VVesenb. in parat. ff. de servit.
num. 7.* Quid ergo mirum, si servitu-
tes pristinam naturam retineant, pri-
vatiq; juris potius remaneant pro-
pter inhærentiam atq; subsistentiam
in privato prædio serviente, quam
propter locum religiosum, cui deben-
tur, plane transformentur in religio-
sas. Similiter non obstat, quod res di-
vini juris domino destituantur, per
quem servitutes eis acquirantur, *l. 1. ff.
commun. pradior. §. ideo a. instit. de servit.*
Facile namq; defectus ille suppletur,
in religiosis quidem per eum, qui jus
inferendi habet, *l. 1. ff. si serv. vend.* cu-
ius quodammodo in dominio legis in-
terpretatione esse creduntur, *secun-
dum Coras. in l. 4. in princ. n. 6. ff. de servit.*
in cœteris autem per eos, quorum po-
testati & administrationi subjacent
Ecclesiastica bona, puta, episcopos,
prælatosq;, quippe cum non suo, sed
Ecclesiæ, lociq; sacri, cuius illi curam,
jure sic disponente gerunt, nomine
omnia suscipiant & peragant, *l. jube-
mus, l. privilegia magna, C. de sacros. Ec-
cles. c. decretum, c. quacunq;, c. de his, cum
simil. 10. q. 1. c. episcopus, cum concor. 12. q. 1.*
non aliter, quam privatus non tam
sui respectu vel intuitu, quam ratione
prædij suo dominio subiecti, nec sibi,
sed prædio servitutem acquirit, *l. si
mihi, §. fin. ff. de serv. rust. l. 1. ff. commun.
prad.* Ex prædictis alterum quoq; su- 4
stineri potest, publicis & universita-
tis locis posse deberi servitutes, *Me-
noch. de retin. poss. rem. 6. num. 38.* Nam
quo sunt ij privatis favorabiliores,
*l. illud, l. ut inter, C. de sacros. Eccles. l. 1. l.
Rempub. cum not. per Dd. ibid. C. de jure
Reipub. lib. 11.* eo magis postulare juris
ratio videtur, ut servitutes, quibus
eorum non minus, quam privatorum
prædiorum utilitas adaugeri potest,
ijs etiam constituere liceat: *pro qua sen-
tentia text. est in l. 2. C. de aquaduc. lib. 11.*

Suffra-

Suffragatur etiam *l. non dubito, ff. de servit.* quæ licet loqui videatur in fundo civitatis, quem illa jure privatorum tenere solet, quia tamen eadem videtur esse ratio in rebus vniversitatis, quandoq; etiam publicis, videlicet, quod & alicuius dominio subsint, & earum vtilitatem servitus cõcernere posſit, merito ad eas quoq; fuerit accommodanda, *arg. l. a Titio, ff. de verb. oblig. l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. si quis id quod, ff. de juris d. l. fin. C. de constit. pec.* Cum vero servitus acquiri posſit rebus nullius, in quib. duplex inhabilitas intervenit: prior, quod sint hominum exemtæ commercio, diviniq; juris exiſtant, vt nulla ferme sit earũ congruentia siveconvenientia, cum servitutib. hominum commercio plane mancipatis & subiectis, *l. 1. ubi Dd. ff. de rer. divis.* altera, quod careant domino, cum servitus per dominum demum regulariter acquiratur, *l. 1. ff. commun. prædior.* quarum neutra reb. vniversitatis aut publicis accidit, quippe quæ & humani juris, & in proprietate sive dominio populi, principis vel vniversitatis exiſtant, *arg. §. thesauros, inst. de rer. divis. & c. 1. quæ sint regal. Bart. in tr. de alveo, verbo, publicis jure gent. Bald. in l. si plures, n. 13. C. de condit. insert. Angel. in l. fluminum, in pr. ff. de damn. infect. quem refert & sequitur Cæpo. §. de servit. rust. c. 31. de flum. nu. 4. Dd. in §. flumine, ubi Angel. vers. unde dic. Cuiac. ad verba, & portus: & ad verba, casam ibi ponere, Mins. nu. 13. Schn. n. 5. inst. de rer. divis. Ibid. VVes. in pr. n. 4. & 8. & in parat. ff. d. t. n. 4. & ff. de acquir. rer. dom. n. 7. v. & hæc nunc. Franc. Conan. lib. 3. comm. juris civil. c. 2. n. 3. vers. nam eorum, & n. 5. Petr. Greg. in syntagm. lib. 3. c. 14. nu. 3. textus etiam quoad universitatis loca in l. in tantum §. universitatis, ff. de rer. divis. & in §. universitatis, ubi Dd. inst. d. t. Conna. d. c. 2. num. 7.* certe multo magis eis, quam rebus divini juris competere servitus poterit. Quod enim privatorum dominio nõ subsunt, ob favorem potiſsimum huiusmodi rerum fuit introductum, ne à privatis tenerentur, quæ vsui publico sunt expositæ, *d. l. in tantum, §. vniversitatis.* vt in earundem diſpendium, denegata servitutum vtilium acquiſitione, sit nullatenus retorquẽdum, *l. quod favore, C. de legib. cum sim.* Quod si princeps & ij, quorum dominio res huiusmodi subeſſe dignoſcũtur, poſſunt onera & servitutes eis imponere, vti probatur *l. servitutes, § à principe, ff. de servit. l. 1. §. ait prætor, quo ex castello, ff. de aq. quot. & æst. vtrob. Dd. & in l. 2. ff. commun præd. Cæpol. de servit. vrb. c. 14. num. 14. 15. & 18. & c. 16. n. 3. & 4.* vtiq; poterunt eisdem quoq; servitutes competere, cum & statutum in vno relativorum obtinere debeat in altero, *l. ultim. C. de indic. vid. l. ult. ff. de acceptil. Everh. in lo. a corre l. n. 3.* & secundum naturam æquum sit, vt loca publica & vniversitatis obnoxia servitutib. etiam earundem acquisitarum emolumento gaudeant, *arg. l. secundum naturam, ff. de regul. jur.* Deniq; patet ex *l. venditor, §. si constat, ff. commu. prædio.* qua dum ICtus admittit jus cedendi publico nomine lapides in privatis lapidicinis, quod non tam vniversitati vel populo, quam locis publicis vtilitatẽ affert, quippe quorũ refectioni structuræq; inservit, quorumve cauſſam meliorẽ facit, consequitur inde locis huiusmodi servitutem competere poſse, *l. ergo, cum l. se. ff. de servit. rust.*

Ampli. 2. † procedere, licet locus cui debetur, non sit vnicus singularis, sed collectiuus, hoc eſt, plures fundi uno loco veluti collecti: *Iter. ille Zas. lib. 1. singul. respons. c. 11. n. 3. Covarr. lib. 1. var. resol. c. 17. n. 11. vers. quid ergo & sensit gl. in l. testatrix, § plures, ubi Bart. Bald. Cast. & ex recentiorib. Duar. ff. si serv. vend.* Pro qua sententia ponderari poteſt *tex. d. l. testatrix, §. plures,* ubi cum ex municipibus poſſeſſores prædiorũ paſcuis indigentium saltum communem vt jus compaſcendi haberent, redemiſſent, omnium illorum prædijs, quæ quidem eiusdem municipij & sic sub eodem loco fuerunt, peræque servitutẽ eſſe quæsitam ICtus decidit, vt proinde cum uno quoq; prędio transeat ad

quem-

quemlibet successorem, *d. §. plures*. Ac licet privatorum prædijs ibi fuerit acquisita, tamen etiam pluribus universitatis locis servitutem simul & semel in eodem fundo constituere licebit *per d. §. plures*, cum eis etiam servitutem acquiri, sit ampliatione præcedenti ostensum. Non quidem servitutis illic ICtus verbis expressis meminit: sed cum jura incorporalia, excepta servitute reali, personis ipsis omnia quærantur, non prædijs privatis, *l. 1. ff. de servit.* jus illud compascendi, prædijs non personis debitum, servitutem esse profiteamur necesse est. Nec verendum; ne municip. res sua serviat, contra *l. in re communi, ff. de servit. urb. l. cum essent, in fi. ff. de servit. rust. l. quicquid, ff. commu. prædior.* siquidem illi municipes saltum non vt singuli, sed vt vniversi, sive vt Bald. ibi loquitur, vt certa pars municipij seu civitatis, & quasi peculiaris, quædam vniversitas redemerunt, eoq; nec ad illos, vti singulos, sed vt vniversos demum, saltus pertinere potuit, nec in singulorũ, sed illius certæ partis municipij: id est collegij sive corporis peculiariter ex illis municipibus constituti dominio & proprietate, *l. in tantum, §. universitatis, ff. de rer. divis. l. is quoque, 9. §. qui manumittitur a corpore, ff. de in ius voc. l. 12. §. servum municipum, ff. de quæst. Ita respondit Accurs. in d. §. plures, ubi sequuntur Bar. Bald. Castr. & Duaren. Connan. lib. 4. c. 10. num. 3.* & rectè, cum id ipsum in casu *d. §. plures*, esse asserendum, evincant, non aliæ modo leges, servitutem prædio suo per dominum in fundo altero pro parti indivisa vel totum suo constitui posse negantes, *l. si quis duas, in fi. ubi gl. & Dd. ff. commu. præd. Fac. l. in re communi, cum l. seq. & l. eos qui, ff. de servit. gl. in l. si communi, ff. de servit. rust. Cepoll. de servit. urb. c. 16. num. 5.* Sed & contextus ipse *d. §.* eum tot municipes vnicum fundum pro partibus indivisis acquirere voluisse, vel ideo non præsumi possit, quia communio non foret inter tam multos duratura propter immensas contentiones ex illa suborientes, *l. in re communi, ff. de servit. urb. l. qui neq; in fi. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. cum pater, §. dulcissimis, ff. de leg. 2.* Ob quas illico res ad divisionem pervenit, *d. l. in re communi*, ad quam cæteros vel invitos quilq; dominorum provocare potest, *l. & si non omnes, l. si quis, in fi. ff. comm. divid.* Iam vero municipes illos, non vt quisque dominium pro parte indivisa acquireret, sed vt ipsorum prædia jus compascendi haberent, saltum communem esse mercatos, ait ICtus, quod cum non acquiri prædijs potuerit in saltu, si pro parte indivisa quisque dominus eius esse voluisset, quia non prædijs, sed personis modo ratione dominij competeret, *l. in re mandata, C. mand. l. 2. ff. de his quæ sunt sui vel alie. jur.* vel hinc apparet, eos non vt singulos sed vt vniversos saltum esse mercatos. Non absimilis *tex. in l. venditor, §. si constat, ff. comm. prædior.* quo perhibetur, consuetudine tale jus in fundo privato constitui posse, vt in eo cuivis ex vniversitate, præstito prius salario lapides cædere liceat vel publico vel privato nomine: quo casu certe necesse est, loco collectivo, hoc est, pluribus fundis vno loco quasi collectis servitutem cædendi lapides esse quæsitam, cum quisq; ferme civis fundum peculiarem habeat. Nam quod plurimis vel omnibus eius vniversitatis licitum fuerit, cædere lapides, inde constat, quia consuetudo non vnius aut alterius privati tantum jus concernit, sed generaliter ad plurimos vel omnes pertinet, *l. jura non in singulas, ff. de legibus* modo juris quæsiti capaces existant, *c. caussam, c. cum non liceat, c. cum ex officij, de præscript. gl. in c. fin. verbo, legitimè, ubi Dd. de consuet. ac præ cæteris notabiliter ibid. Roch. Curt. in repet. sect. 5. num. 3.* Quamvis nec in *d. §. si constat*; facultas cædendi lapides nuncupetur expresse servitus prædialis. Verum quia non minus consuetudine, quam præscriptione servitutem quæri posse constat, imo magis, cum

cum per hanc vni vel alteri, per illam pluribus generaliter quæratur, *l. præses, l. si manifeste, C. de servit. vtrobiq. gl. & Dd. & in d. §. constat. Capoll. de servit. urb. c. 19. num. 1. Mynsing. in §. fin. num. 2. ubi Schneid. num. 5. instit. de servit. Petr. Greg. in syntagm. jur. lib. 4. c. 22. num. 5.* insuper etiam facultas ca jus est, in fundo privato consistens, *d. §. si constat*, omnino admittendum, ipsam esse servitutem, & quidem prædialem, quippe quod non modo titulus ad servitutes prædiales restrictus, sub quo *d. §.* continetur, evincit, sed etiam, quia facultas illa prædiorum caussam meliorem facit, eorumque concernit vtilitatem, *l. veluti, ff. de servit. rustic.* ut semper illa rei magis, quam personæ servitus censenda sit, *l. pecoris, ff. de servitut. rustic.* nisi aliunde liquido constet, personis eam solummodo fuisse quæsitam, *l. Lucius, ff. de servitut. rustic.*. Idque tanto magis in proposito, quandoquidem ICtus illic præter vsum necessarij lapidis nominatim quoque commoditatem lapidicinarum domino reservat, ut proinde liceat cæteris quidem hactenus ob consuetudinem lapides cædere, quatenus ad fundum quisque suum opus habet, domini vero solius debeat omne lucro cedere, si præter vsum lapidum suis & reliquorum fundis necessarium quid amplius vtilitatis ex lapidicinis sive lapidibus cæsis percipere queat. Quanquam etiamsi nominatim huiusmodi reservatio a ICto facta non esset, tamen illud indeterminatum jus cædendi lapides determinationem ab his, quibus acquisitum fuit, recipit, ut tantum intelligatur concessum, quantum necessarium, *l. si cui annuum, ff. de ann. legat. l. penultim. in princ. ff. de alimen. legat. Joann. ab Imol. in l. apud Iulian. §. si quis alicui, numer. 10. ubi Ias. numer. 5. Zas. numer. 6. ff. de legat. 1. Alexand. consil. 18. num. 3. volum. 5. Ias. in §. aque, num. 28. instit. de act.* Hoc ipsum vero, quod non vltra, quam ad fundum opus est, lapides cædere licet, servitutem esse prædialem arguit, *l. ergo, ff. de servit. rustic.* Denique ad ampliationis nostræ confirmationem faciunt leges, quibus asseritur in eodem prædio servitutem pluribus deberi fundis, sive ij diversis, sive eidem domino sub sint, *l. si ædes, ff. de servit urb. l. in tradendis, §. interpositis, ff. commun. prædior. l. aquam, ff. quemadm. servit. amit.* prout etiam ex eo comprobatur, quia licet jure nostro argumentari ab vno ad pluralitatem, quoties, ut in proposito, diversitatis ratio non obstat, *l. 1. §. item hoc edictum, ff. quod falso tut. aut. Zas. d. c. 11. nu. 3. & in l. 2. §. exactis, n. 3. ff. de orig. jur. Euerhar. in loco a vi numeri, nu. 6. & 8. Ioan. Bologne. & relati per eum, in l. singularia, nu. 33. ff. si cert. petit.*

6 Ampl. 3. Erit enim realis servitus, etiamsi locus collectiuus sive universalis, cui constituitur, locos complectatur singulares invicem non cohærentes neq; contiguos, sed omnino disiunctos atq; distantes interjectis in medio fundis alijs: Non enim ad vnitatem loci collectiui seu vniversalis contiguitas & cohærentia locorum singularium, veluti partium exigitur: sufficit singulares locos habere vicinitatem, ita, ut in eadem vrbe, municipio, vel pago sint, prout alias in quolibet corpore vniversali partes sive corpora singularia distantia solent esse, locoq; nonnihil discreta & disiuncta, loco tamen communi quodammodo concurrentia ad vnius corporis, & quidem universalis constitutionem. *l. rerum mixtura, ff. de vsucap. l. in rem, §. at in ijs, ff. de rei vendic. & vtrobiq. not. per Dd.* Deinde, quæ pro ampliatione præcedenti adduximus, non in fundis modo contiguis obtinent, sed peræque stringere videntur in loco fundos plures haud contiguos complectente, quippe cum ex *d. l. venditor, §. si constat. & inprimis ex d. l. testatrix, §. plures,* dilucide comprobetur, plurimorum municipũ prędijs deberi servitutem, nec tamen ibi, nec alibi restringatur assertio ad prædia municipum contigua. Quod si necessaria foret cõtiguitas fundorũ loco colle-

collectivo dominante complexorum, non alia certe de causa desideraretur, quam propter jura vicinitatem fundi servientis atq; dominantis exigentia, *l. si a zes, cum l. seq. ff. de servit. urb. l. ergo, l. qui sella, §. in rustticis, l. tria, cum similib. ff. de servit. rust.* Atqui vicinus locus jure perhibetur non is modo, qui proximus est, sed & remotior, dummodo sit in vicinia, *l. non solum, in pr. ubi post Bald. & Alberic. de Ros. Iason & Zas. num. 1. ff. de novi op. r. nunc. l. 4. §. si tam vicinum, ff. de dam. infec. l. si tertius, ubi Bart. num. 1. & seqq. Imol. ante n. Cast. nu. 2. ff. de aqua plu. arc. Pet. Gregor. in syntagm. jur. lib. 4. c. 24. num. 4.* vt in servitutibus etiam receptum sit, eas constitui posse, quantumvis loci publici vel privati intercedant, si non sint impedimento, quo minus vtilitas constitutæ servitutis è fundo serviente in dominantem redundet: quod evenit, si vel nihil exigat fieri servitus in locis intermediis, *l. si quis suas, v. parv g, ff. commu. præd. l. lo s corpus, §. fi. cum 2. ll. seqq. ff. si seru. ven. utrobiq. D l. Capolla de serui t. vrb. c. 18. num. 1. & 2.* vel si quid fiere debeat, non necesse sit, in locis interjacentibus id fieri, sed in publicis sine imminutione juris eorum sive libertatis recte possit expediri, *l. serv tutes, §. publico, l. fin. ff. de serv. l. vlt. ff. de serv. rust. l. si prius, §. via publica, & §. fi. ff. de aq. plu. arc. l. non solum, in pr. ff. de nov. oper. nunc. Bartol. in l. qui sella, §. in rusticis, ubi sensit idem Bald. & singulariter Castrensf. ff. de serv. rust. Idem Bart. in l. in tradendis §. interpositis, vbi Cast. ff. commu. prædior. Dd. in d. §. publico. Capolla de serv. vrb. c. 18. num. 2. Zas. in d. l. non solum, in pr. Donell. lib. 11. comm. de jure civ. c. 2. §. hinc quæsitum, cum seqq.* Ac licet Accursius *in d. §. interpositis.* Hac in parte distinguat inter servitutes vrbanas & rusticas, tamen eam distinctionem plerique *Dd. loc. relat.* reiiciunt, & omnes illam damnare testatur *Coras. in d. §. publico, nu. 6.* licet ipse glossam sequatur. Quod si contiguitas necessaria non est inter fundum dominantem & servientem, multo minus erit necessaria inter ipsos dominantes fundos cum in ijs haud sit necesse, vtilitatem constitutæ servitutis ex vno loco dominante in alterum deferri.

7 Ampl. 4. † etiamsi locis non simpliciter huiusmodi jura concessa sint, sed ita, quatenus certæ condicionis aut qualitatis homines in eis degunt, erunt nihilominus servitutes prædiales: hoc enim pacto, conditio quæpiam adijcitur servituti constitutæ, ad quam vsq; sit vsurpanda servitus, siquidem non refert, quibus verbis adijciatur conditio, dummodo constet illius adiectio, *l. pater Severinam, §. fin. ff. de condit. & demonstr. ad quem ittat. Duaren. c. 3. in princ. l. servitutes ipso, ff. de servitut.* Cuius porro consequens est, si ex prædictis fundis vnus aut plures ad homines alterius conditionis sive qualitatis devenerint, exceptione pacti vel doli occurri posse novis possessoribus contra placitum seruitutem vsurpare nitentibus, *d. l. servitutes ipso.* Quod etiam confirmatur per id, quod voluit *gl. in l. pecoris, ff. de seru. rustic.* prædialem esse servitutem etjam quando nominatim actum, ne transeat ad emtorem vel hæredẽ, ac domino fundi servientis eo casu contra hæredem vel emtorem succurri exceptione doli: *Sequitur ibid. Bart. & Castr. num. 1. gl. in l. si quis annas, ubi Castr. ff. de vsurf. gl. & Dd. in l. vlt. §. Mela, ff. de alim. legat. Capoll. de servit. rust. c. 4. num. 3. Ruin. consil. 41. num. 5. in fi. lib. 1. M. noc. de retin. poss. remed. 6. num. 30.*

8 Ampl. 5. † etiamsi non tam loci, cui constituuntur, quam personarum eo loci degentium commoditatẽ principaliter et potissimum concernere videantur, vt jura piscandi, venandi, aucupandi: nihilominus enim ea esse servitutes reales *Zasius asserit in §. atque, num. 27. inst. de action. & lib. 1. singul. respons. c. 11. num. 3. & consil. 6. num. 30. lib. 2. quem simpliciter sequuntur Mynsin. in §. inter rusticor. num. 1. & 6. inst. de ser-*

de seruit. & Gail. lib. 2. obser. 66. Pet. Frid. de mandatis, c. 41. n. 5. siquidem personis commoditas quæritur non nisi occasione & respectu loci, cui fuerunt constitutæ, ut propterea non immerito prædij dicantur *Secundum gl. in l. 1. verbo, computanda, & in l. 2. verbo, cloacam, & in l. veluti, verbo, si habeam, ff. de seruit. rustic. quas ad hoc allegat Zasius loc. rel. Tradit idem Mynsing. in d. §. iater, num. 1.* Verum huic assertioni vehementer obstat, quod superius ostendimus, servitutes reales constitui non posse, nisi caussam prædij meliorem faciant: cum tamen prædij caussa nihilo melior fieri videatur, nec in prædium quicquam utilitatis redundet, etiamsi possessori feras in alieno, vel aves aut pisces capere liceat, siquidem illæ neutiquam prædij gratia capiuntur, nec in eius usum convertuntur, insumuntur aut adhibentur, uti quidē cœtera, quæ vigore servitutis ex alieno sumere licet, verum victus ac delectationis caussa, & personarum gratia, quemadmodum cum pomū decerpere vel id genus alia facere licet in alieno, de quibus *in l. ut pomum, ff. de seruit.* Nec eam juvat, quod Accurs. ait *in d. l. 1.* licet commoditas personæ quæratur, prædij tamen dicitur. Cum enim idem *in l. pecoris, verbo, consistat, & in veluti, verbo, item longe, & verbo, quid ergo,* diserte profiteatur, nō esse servitutem prædialem, nisi prædij intersit, & illius utilitatem respiciat, non potuit eius dicti sensus esse, quem Zasius existimat, prædij scilicet esse servitutem, licet nō prædij, sed personæ gignat utilitatem: quin servitutes ipsas, de quibus ibi loquitur Accursius, constat ita comparatas & inductas esse, ut prædij magis utilitatem, quam personæ respiciant; *d. l. pecoris, cum 2. seqq. ff. de seru. rust.* Quocirca glossator hoc saltem indicare voluit: etiamsi aquæ haustus & id genus aliæ servitutes, de quibus veteres dubitarunt, sint similiter, quidpiā ex alieno sumendi, quod alioqui dominum vel prece vel pretio potius comparare oporteret, usq; ratione personæ quæratur utilitas, tamen illa prædij dicitur, cū totum hoc, quod ex alieno desumitur, in usum & meliorationem prædij veniat impendendum, ut nec ultra sumere liceat, quam ad eum ipsum fundum sit opus, *l. ergo ff. de seru. rust.* Ita nec suffragatur *gl. d. l. 2. & d. l. veluti, verbo, si habeam, ff. de seru. rust.* quæ utilitatem personarum admittit, non tamen per se, ratione illarum, sed quatenus ibi dominantis agri colendi caussa consistunt, cum ipsius agri potissimum intersit, homines eo loci commodius versari, per quos ager arandus est & excolendus, prout in casu nō dissimili respondit Paulus *in d. l. veluti.* Quæ caussa, ut eō minus hac in parte Zasij & sequentiū sententia juri communi possit esse consentanea. Verum enimvero quia consuetudine Germaniæ nostræ receptum, quod ipsi verbis etiam expressis testatur, ut jura venandi, aucupandi, piscandi in alieno, ac si qua sunt similia, quæ personæ potius, non prædij commoditatē respicere solent ac possunt, sint nihilominus reales servitutes, atq; adeo earū effectus plane obtinere, certe pro lege servanda fuerit, nec ab ea temere recedendū, *l. de quib. cum ll. seqq. ubi not. per Dd. ff. de legib. c. cum dilectus, de consuc.* Nam† quod huiusmo- 9
di consuetudo, ut jura utilitatē personis modo non prædijs afferentia, sint prædiales servitutes, aut pro talibus quo ad effectus earū habeantur, subsistat, minime fuerit ambigendum. Quod enim prædiales utilitatem prædiorum concernere oportet, non tam gentium, quam civili jure videtur introductum, siquidem licet etiam prædiales origine juris gentiū sint, ut sup. dictum, non tamen ita fuerunt ab initio productæ, ut non subsisterent, nisi prædij gignerent utilitatem, nec ultra concedi possent, nisi quatenus ad fundum opus, sed cum usu & necessitatibus humanis exigentibus cœpissent esse jura in alieno fundo cōtra eius libertatē agendi quidpiam habendive, quæ prout cuiq; videretur expedire seu liberet, cōcederentur, vel prædijs, ut ad quemcunq; prædiorum succes-

forem pertinerent, vel personis, quæ cum ijs extinguerentur, *l.1. ff. de seru.* jus civile superveniens, eaq; maxime perficiens, cum alia quam plurima rigore seu civili ratione sic exigente adjecit, *l. seruitutes ipso, ff. de seru* tum quoq;, ne prædiales essent, nisi secundum fundi necessitatem & ad eius utilitatē constitutæ, *l. pecoris, cum 2. seqq. ff. de seru. rust. juncta l. ut pomum, ff. de seru.* quod duplicem habet rationem, quia prædiales conceduntur ipsis prædijs, jure autem civili nemini concedi vel acquiri potest, quod ei non est utile, *l. penult. ff. de pact.* licet alteri profuturum sit, *l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbor. oblig.* & quia proprietati multum derogant atq; præjudicant, cum diutissime durent, cumq; fundo transferantur, ut ad utilitatem prædij dominantis plane fuerint coarctandæ, quò proprietas ex parte relevaretur, quæ alioqui valde favorabilis est jure civili, *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. §. ne tamen, inst. de usufr.* Quid vero jure civili constitutum, contrario jure civili, videlicet, consuetudine Germaniæ omnimodo potuit ei derogari, *§. sed agnationis, inst. de legit. agnat. tut. §. sed naturalia, inst. de jure nat. gent. & civil. l. nihil tam naturale, ff. de regul. jur. Dd. in l. de quib. ff. de legib. & in c. fin. de consuet. ubi Roch. Curt. sect. 1. num. 9. usq; & 32. & sect. 7. num. 16. cum seqq.* Deinde etiamsi jure gentium prædiales omnes meliorem prædij caussam effecissent, tamen etiamnum consuetudo nostra subsisteret, cum, quia non tam ipsam juris gentium dispositionem, quam eius effectum, videlicet, servitutes duntaxat immutat: effectibus autem juris gentium detrahi potest, *Bald. in l. rescripta, n. 9. C. de precib. Imp. offer. Castr. in l. fin. n. 1. & 2. C. si contra jus vel utilit. publ.* tum etiam, quod jus gentium, tribuendo servitutibus, ut caussam ipsius prædij meliorē faciant, non inhibuisset, quo minus ex parte contrarium, usu sic exigente constitueretur lege vel consuetudine, per ea, quæ pluribꝰ in hanc sententiam proponit *Covar. in c. peccatum, §. 11. n. 5. de reg. jur. in 6. Fac.* quæ tradit *Bart. in l. omnes populi, n. 21. ubi Bolog. n. 89. & cæteri ff. de just. & jur.* Imò nihil ea consuetudine derogaretur juri gentium, quoniam servitutes, quæ fuerunt hactenus prædiales, in pristino statu relinquit, ut perinde sicut olim sint ad ipsius prædij utilitatem accommodatæ: saltem id noviter addit, ut præter illas, etiam alia jura sint hodie servitutes prædiales, quæ cum re transferantur ad unumquemq; possessorem, licet personę possidenti modo, non ipsi rei sint utilia: Quid autem frequentius, quam jure civili suppleri jus gentiū, eiq; plurima per civile noviter addi, *l. jus civile est, ff. de just. & jure, ubi not. per Dd.* Præterea confirmatur hæc consuetudo, considerata potissima & evidentissima differentia servitutum personalium & prędialiū, quam leges nostræ passim in eo cōstituunt, cui conceduntur eæ sive acquiruntur, ut si personis modo non prædiis debeantur in alieno, necesse sit esse personales: si in ipsis prædijs concedantur & quęrantur, oporteat esse prędiales, nec alia nota certiore quā hac dignoscantur atq; distinguantur prædiales ab illis, *l. 1 ff. de seru. l. fin n. ibi, §. fin. ff. de seruit. rust. cum simil.* Quocirca cum jura, prædij caussam nihilo meliorem facientia, sint ipsi fundo constituenda, si locus esse consuetudini nostræ debeat, *Zas. Mynsing. & Gaill. loc. præcit.* certe statuendum fuerit, ea propter illa servitutibus prædialibus esse annumeranda, nostramque subsistere consuetudinem, *per d. l. 1. ff. de seruit. cum concor.* prętertim cum alioqui sit judicandum de unaquaq; re secundum id, quod in ea dignius & præstantius est, ut illius habilitatem intervenisse sufficiat, etiamsi defecerit in altero, quod est minus principale, minusq; dignum, *l. si alieni, ff. de solut. l. cum qui ædes, ff. de usucap. l. quæ religiosis, ff. de rei vend. c. quod in dubijs, ubi gl. & Dd. de consec. Eccles. Maranta disput. 2. num. 32.* Quid quod utilitas ipsius prædij ne quidem de jure civili, nedum gentium, tam præcise in prædialibus est necessaria, quin possit aliquando

constitui vel haberi servitus etiam prædialis, quæ prædio non sit utilis, *l. ei fundo. ff. de servit. l. si partem, ff. de servitut. rustic.* ut proinde prædialis utilitatis defectus nec obesse debeat consuetudini parem cum lege vim habenti, *l. de quib. ubi Dd. l. sed & ea, ff. de legib. cum simil.* Iam vero nec ratio naturalis consuetudini servitutem realem citra fundi dominantis utilitatem inducenti repugnat, dummodo intersit hominis, *l. quoties nec, ff. de seru.* Atqui certi juris est, valere consuetudines, non modo secundum vel præter jus commune, sed & contra illud receptas *d. l. de quib. & §. penult. inst. de jure. nat. gen. & civ. c. cum dilectus, de consuet. cum Ecclesia Sutrina, de caussa poss. & propr.* quibus nec ratio naturalis obstat, *c. fin. ubi ard. Dd. de consuet. l. 2. C. quæ sit lon. consu.* nec expressa prohibitio principis adversatur, *Dd. in auth. navigia, ubi præ cæteris Castr. n. 2. C. de furt. Dd. in d. l. de quib. & in d. c. fin. ubi præ cæteris late Rochus Curtius sect. 7. n. 4. cum seqq. Pet. Duennas, reg. 144.* Deniq; cum superius ostensum, servitutes personis quæsitas utilitatẽ prædij nihilominus cõcernere posse, quid mirum, si vicissim consuetudine vel statuto disponi liceat, ut prædijs quæsitæ non tam prædijs quam personis utilitatem afferant, siquidem oppositum semper in opposito consuevit operari, quod etiam propositum potest in proposito, *l. etsi contra, ff. de vulg. & pu. l. ult. §. ult. ff. de leg. 3. l. cum pro, C. de solut. Hip. Riminald. ad pr. n. 2. inst. per quas perso. nobis acq. Sebast. Monticulus de invent. hæred. c. 6. n. 15.* Nam cur jure communi non fuerit idem dispositum, civilem eius rei rationem illic exposuimus.

10 Ampl. 6. Cum servitutes, de quibus hactenus disputatum, moribus Germaniæ notissimis, ex utraq; parte reales esse, neq; cum persona finiri soleant, *teste Zas. d. c. 11. n. 1.* procul dubio secundum illam consuetudinẽ semper in dubio censebimus, huiusmodi jura esse constituta locis ipsis, & occatione demũ atq; respectu & intuitu locorũ personis ibi degentibus, atq; sic servitutes vere reales constitutas, nisi aliunde rite constet, ea non locis ipsis, sed solis personis absque intuitu loci concessa quæsitaq; fuisse, *ut sensere Dd. initio relati.* Quoties enim non evidenter apparet, quid fuerit actum, recurritur ad consuetudinem regionis, ut quod in ea frequentatur, actum esse censeatur, *per tex. l. semper in stipulation. 39 ubi Dd. ff. de reg. jur.* & ex consuetudine regionis conventiones hominum cæteræq; dispositiones omnes interpretationem recipiunt, *l. si fundus, ff. de evict. l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de adi. edic. l. 1. in pr. ff. de usur. c. cæterum, de denot. cum simil. Tradit post Innoc. & antiquiores Panor. in c. certificari, nu. 2. de sepult. Late Iason in l. certi condictio, §. si nummos, n. 5. cum multis seqq. ff. si cert. pet. Dec. in d. l. semper in stipul. nu. 8. & 10. plures allegans. Felin. in hanc sententiam plurima congerens in c. cum M. Ferrar. nu. 6. & 7. de constit. Cravet. consil. 33. num. 13. vol. 1. Gail. lib. 2. obs. 8. nu. 6. Late Gabr. Roman. lib. 6. t. de consuetudine, concl. 1. & 2. per tot.* præsertim si sint conceptæ de servitutibus, *ut est text. singul. in l. si prius, §. placuit, ubi Bart. Castr. & cæteri, ff. de aq. plu. arc.* Quin etiam quando statuta vel consuetudines corrigunt jus commune, præsumitur quisq; testator sive disponens accommodasse voluntatem suam secundum illa statuta & consuetudines, *Bart. in l. hæredes mei, §. cum ita, n. 4. cum quo transeunt ibi Angel. Raph. Cum. & Castr. nu. 3. Sequitur etiam hac in parte ibid. Ioan. ab Imol. nu. 1. vers. si ciui esset, & c. Alex. nu 8. 9. & 10. plurima inde inferens: & post alios Ioan Bologn. n. 109. plures referens. ff. ad SC. Trebell. Bart. in l. ne jurisjurandi, §. si liberti, nu. 5. ff. de operis libert. Ioan. ab Imol. in l. fin. ff. de cond. & demonst. Alex. consil. 127. volu. 2.* communem *dicunt Socin. consil 52. n. 33. lib. 4. Curt. Iun. consil. 168. num. 63. lib. 2. relati per Clarum §. testamentum, q. 76. num. 12. Rochus Curt. in c. fin. in præfat. num. 37. de consuet. Alciat. de præsumt. regul. 3. præsumt. 32.* vel eò maxime, cum consuetudo dominatum obtineat in servitutibus, *l. 1. §. fin. ff. de aq. plu. arc. l. 1. l. præses, l. si manifeste, C. de servitut. l. venditor, §. si constat, ff. commun. præd.*

 l. si

l. si publicanus, §. fin. ff. de public. & vectig. Gail. l. b. 2. obs. 65. n. 3. Imo, quod secundum consuetudinē potius, quam statutū loci, sit interpretanda voluntas disponentis, *censuit Alex. cons. 9. li. 5. Cravet cons. 70. n. 12. & cons. 77. n. 13. vol. 1.*

Verum hęc sententia tot modis ampliata, tribus restringenda videtur de-
11 clarationibus: primo quidem, † cum jura, de quibus loquimur, constituta sint & acquisita ipsi loco, & occasione loci demū sive intuitu & respectu loci personis illic degentibus, cōsequitur, ea minime transferri, quando comunitas, aut familia, vel personæ, quæ loco illa acquisiverunt, ab eo recedūt, & alibi domiciliū constituunt, etiamsi non tam loco, quam personis, pręsertim in hac aut illa communitate constitutis utilitas inde quęsita fuerit, & in quæ migrant loca, e fundo serviente utilitas illa peręq; pervenire posit, *l. cum fun. 10. ff. de seru. rust. l. cum fundus, ff. comm. præd.* tum, quia persona, familia vel etiā communitas, licet alio translata sit eadem, *Bod. de repub. li. 1. c. 6.* non tamen sibi servitutem acquisivit, alioqui prędialis esse minime posset: quod vero jus non habet, una secum transferre nequit, *arg. l. ius quis, ff. si cert. pet. l. verum, in fi. ff. pro soc.* Tum, quia servitutes reales nec usurpari possunt, nisi nomine loci dominantis possessores sive administratores eius utantur, *l. servitus, s. cum l. seq. ff. quemad. seru. amit.* nec vendicari, nisi per eum qui ratione dominij vel quasi tenet locū subjectum, vel ad quem ratione juris, potestatis sive administrationis quodammodo pertinere dignoscitur, *l. 1. ff. si seru. vend.* quorum utrumq; casu nostro deficit, quando nec loci nomini servitutem vsurpare queunt, qui pridem eius relicta posseßione alio commigrarunt, nec eandem vendicare, qui loci alienati dominium amiserunt. Ergo cui semel quęsita loco fuit servitus, penes eum remanebit, novisq; successoribꝰ eius licebit illam & vsurpare & vendicare, *d. l. cum fundo, d. l. cum fundus,* nisi loco fuisset quæsita servitus, quatenus ab hac aut illa persona, familia, vel communitate tenetur: tunc enim licet servitus semel constituta duret etiam loco ab extraneis possesso, tamē ijs vsurpare servitutem aut vendicare coantibus obstabit exceptio pacti vel doli, *l. servitutes ipso, ubi Do. ff. de seru. gl. in l. si quis unas, ubi Castr. ff. de vsufr. & in l. pecoris, ibid. Bart. & Castr. ff. de seru. rust.*

Declaranda 2 Quamvis jura isthęc universali sive collectivo loco, qui plures etiam distantes invicē singulares locos complectatur, constitui posse, superius fuerit approbatum: non tamen illud expeditum, utrum servitus huiusmodi constituta loco collectivo, sit una, num plures, puta, incolis alicuius loci jus secādi ligna ex sylva vicina competit, dubitatur, una sit servitus, an plures, pro numero fundorū eo loco universali contentorū: pro cuius resolutione videtur distinguendum. Aut enim † loco universali sive 12
collectivo universitas acquisivit servitutē: Et verius crediderim, unicam esse solummodo servitutem, prout idem sensisse videtur Zasius cum vesequentes *Minj. & Gail. lo. prae.* cum tantopere fuerit occupatus ille in ostendenda loci universalis unitate & habilitate ad adipiscendam servitutem: id quod frustratorium & inutile fuisset, si non unam, sed tot servitutes (eiusdē licet generis) competere censuisset, quot fundi sive loci singulares illo universali continerentur, siquidem jure communi per sese manifestū, in eodē fundo pluribꝰ prędijs plures & eiusdē generis servitutes constitui posse, *l. si ædes mea, ff. de seru. urb. l. via constitui, §. fi. ff. de seru. rust. l. in tradendis, §. interpositis, ff. comm. præd. l. aquam, l. nam satis, ff. quemadm. seru. amit.* Quod autē servitus loco universo per universitatem quęsita, sit una, probatur ex eo, quia sicut pluralitas servitutis non aliunde, quā à pluralitate locorū dominantium, ita vicissim ab unitate loci dominantis unitas quoq; constitutę servitutis dependet, *l. una est, ubi Bart. & Dd. ff. de seru rust.* Verū locus universus sive collectivꝰ, cui servitus in proposito debetur, non minus est unum quidpiā; una vere res,

quam

quam illa, quæ *ἑνωμένα* vocantur, quæq; uno spiritu continentur, *l. cum quis, l. rerum mixtura, ubi DD. ff. de usucap. & quicquid, §. ubi simul plura, ff. de acquir. rer. dom. §. si grex, inst. de lega. l. in rem, §. at in ijs, ff. de rei vend.* Quamvis enim singuli eius universitatis, partes illius loci singulas sibi fundos constituerint, ut quisque suum habeat, non tamen propterea unitatem loci universi sustulerunt, siquidem partes tantum inter sese consideratæ propter intentionem hominum eas obtinentium fundi singulares existunt, *l. locus, 60. ff. de verb. sign.* respectu autem loci universi non minus ut ante, sunt partes eius, constituentes unum idemq; totum, *jur. pracit. Fac. l. recte dicimus, ff. de verb. sign.* Idq; tanto magis, cum partes loci universi, quæ prius cohærebant, etiam postquam fuerunt in fundos intentione privatorum distinctę, remaneant contiguæ, & ab eatū unaquaq; locus universus, ut à parte totū, plane diversus sit, nomenq; diversum, sed unitatem peræque denotans, puta, urbis, oppidi, pagi, castri, sortiatur, *l. pupillus, 239. §. urbs ff. de V. S.* Vt proinde necesse sit, unam esse servitutē loco universo, non singularibus, nisi quatenus partes illius existunt, debitam, *d. l. una.* Deinde, quod juris est in possessore privati fundi quoad prædium suum, idem juris esse debet in universitate, quo ad locum universum, cum de parte ad totum firmiter arguere liceat, quando non obstat ratio diversitatis, *isa. And. in c. sine culpa, de reg. jur. in 6. Bald. in l. maximum vitium, num. 28. C. de lib. prat. Panorm. q. 1. nu. 29. Everh. post alios in loco à toto ad partem, nu. 7. & 8.* Itaque cum videamus ita comparatum, ut privatus fundo suo unam solummodo quærat servitutem generis unius & eiusdem in fundo serviente, non plures, *d. l. una.* consequens fuerit, universitatem loco universo sive ab universitate tota occupato non nisi unam generis unius & eiusdem servitutem acquirere, *per prædicta.* Insuper nisi foret una servitus loco universo per universitatem quæsita, necesse esset, ipsis privatorum fundis & singulis acquisitam fuisse servitutem, *d. l. si ades mea, cum simil. sup. alleg.* quandoquidem pluralitas constitutę servitutis nō ex alia caussa producitur, quā quod cuiusq; prædio peculiariter sua servitus competere & acquisita esse dignoscitur, *jur. pracit.* ac proinde plane separatim, & per sese, non quatenus ut partes ad unius universi constitutionem concurrunt, quoad servitutis acquisitionem considerantur. Atqui privatorum fundis ut singulis per universitatem servitus acquiri non potest, cum universitas à singularibus personis, quantumvis sub ea contentis plane diversa sit, *§. universitatis, inst. de rer. divis. l. in tantum, §. universitatis ff. d. t.* alterius autem fundo servitutem acquirere nemo possit, ne quidem si sit ciusdem cum illo fundi dominus, *l. si unus ex socys, 19. ff. de servit. rust. l. proprium, l. si quis duas, §. duas autem, ff. commun. præd.* Hinc vero simul apparet, nihil assertioni nostræ obstare *d. l. si ad. s. cum simil. sup. cit.* potius eam confirmare. Nec enim fatemur servitutem unam esse, quæ pluribus quæsita sit prædijs, sed eam, quæ sit acquisita rei unitatem importanti, hoc est, loco universo prædia privatorū continenti quidem, non tamen ut prædia, sed ut partes eius, utpote totius integritatē constituentes atq; complentes: quibus proinde servitus minime cōpetit, nisi ut universis, hoc est, quatenus ad quandam locorum universitatem sive locum collectiuum & universalem constituendum concurrunt, *argu. d. l. cum quis, ff. de usucap.* Vt igitur servitutis unitas nec quicquam impeditur, etiamsi prædiū dominans plures partes habeat, invicem reipsa distinctas, dummodo partes remaneāt, nec plura prædia fuerint ex uno constituta, *l. à certam, ff. de servit. l. via constitui, §. fin. ff. de servit. rust. l. recte dicimus, ff. de verbor. signif.* Ita nec impedietur servitutis universo loco constitutæ unitas, licet locus ille collectiuus plures partes habeat invicem in plures singulares fundos distinctas, cum partes

res vniversi loci nihilominus remaneant, nec plures loci vniversi fuerint ex vno constituti. Verum quando servitus pluribus prædijs per sese competit, ac proinde ut singulis, tunc demum servitutes plures esse necesse est, pro numero prædiorum dominantium, quippe cum vnicuiq; peculiariter servitus quæsita sit, & jus vnius no possit esse jus alterius, *d. l. si ædes, & simil.*

13 Porro † sententia modo confirmata procedit non tantum quando toti loco collectivo, & sic omnibus eius partibus non quidem ut singulis, saltem ut vniversis, servitus constituta reperitur & acquisita, id quod alioqui videtur in dubio præsumendum, cum servitus simpliciter constituta, toti loco constituta regulariter censeatur, etiamsi non sit omnibus eius partibus vtilis, *d. l. via constitui, §. fin. l. si partem, ff. de seruit. rustic. & argum. l. si cui simpliciter, ff. de seruit. l. certo generis, §. at si iter. ff. de seruit. rustic.* verum etiam vbi non conceditur aut quæritur ei toti, puta, quando non toti oppido aut pago, sed eius tantum parti certæ, quatenus vniversi loci pars est. ac per consequens singularibus locis sub ea modo contentis, non ut singulis, sed ut vniversis competit: Tali namque casu peræque militant omnia, quæ loco probationis adducta fuerunt, ut per sese patet. Sed & jure non minus ad certam loci dominantis partem, quam ad ipsum totum servitutem licet acquirere, *l. ad certam, ff. de seruitut.* cuius verba tam dominanti, quam servienti fundo congruere videntur, ut peræque in vtroque possit intelligi, prout illam accipit etiam *Duar. ibid.* Quin & si cum alijs interpretibus eam de fundo serviente intelligamus, argumento tamen *d. l.* idem in dominante statuendum fuerit, cum nec ratio diversitatis commoda reddi possit, & in vno relatorum dispositum, in altero quoque sit intelligendum, *l. ultim. C. de indic. vid.* Facit ad idem text. *l. si quis duas, § si quis partem, ff. commun. præd.* Imo text. est expressus *in l. ex meo aquæductu, ff. de seruit. rustic.* Tradit hoc ipsum expresse *Bartol. in l. stipulat. non divid. num. 2. & 3. ubi Castr. numer. 6. versic. secundo nota, Alexand. num. 3. & 8. Ias. num. 11. & 14. & post alios Bologuet. num. 79. & seqq. ff. de verbor. obligat. Ioann. ab Imol. in l. si sub una, §. si quis, num. 3. ff. de verbor. oblig. Anton. Gomez. Tom. 2. vari. resolut. c. 10. num. 15. versic. secundo confirm.* Quanquam possit etiam locum vniversum ipsamet vniversitas regionibus discernere, & quasi subdistinguere in plures locos vniversos sive collectivos, quorum vnusquisque suos fundos singulares peculiariter complectatur, eorumque respectu vniversus perhibeatur; *per l. quædam rerum, §. quod si post, ff. de legat. 1. & l. recte dicimus, ff. de verbor. signif. & argum. l. locus, ff. de verb. signif. l. si quis duas, §. si quis partem, ff. commun. prædior. l. Caius Seius, § Titius, ff. de legat. 2.* & quidem ita, ut nihilominus partes loci vniversi certis regionibus subdistincti, non quidem indivisæ, sed pro diviso peræque remaneant, *d. l. recte dicimus, d. l. Caius, §. Titius.* Pari † ratione nec interesse 14 crediderim quo ad servitutis vnitatem, loci singulares sub loci vniversi certa parte, cui servitus acquiritur compræhensi sint privatorum dominio subjecti, an ipsius vniversitatis, non singulorum, cum ad locos singulares privatorum dominio subjectos potissimum rationes allatæ fuerint directæ: in locis autem singularibus vniversitatis, etiamsi pro diversis eos possideat, longe fortius procedant, siquidem hi tanto minus vnitati loci collectivi adversantur, cum nec quicquam ratione dominij dissideant ab vniverso loco, sed eius, cuius ipse, videlicet universitatis dominio subjaceant, *l. in tantum, §. universitatis, ff. de rer. div. §. universitatis, instit. d. t.* Cuius porro consequens est, eandem de servitutis vnitate sententiam æque procedere, sive constituta servitus singulis fundorum possessoribus vtilitatem afferat, sive ipsi universitati tantum in communi, non singu-

singulis. Namq; publico nomine, sive universitati, ratione scilicet universi loci competentia, sæpenumero non in communi, sed singulis quoq; vtilitatem afferre, constat ex *l. Imperatores, ff. de seruit. rust. l. venditor, §. si constat, ff. commun. prædior. Tradunt Dd. in d. l. in tantum, §. universit. & in d. §. universitatis. nec non in c. insuper, ubi post alios Felin. n. 5. & in c. cum nuncius, de testib. Bald. in l. parentes, ubi Salicet. C. de testib. Capoll. de seruit. rust. c. 9. n. 28. Alber. de Malet. in tr. de testib. p. 1. c. 4. nu. 7. Coras. in l. 1. n. 141. & 142. ff. de seruit. Iustus Reuberus de testib. p. 2. n. 118. cum 3. seqq. Vincen. de Franchis p. 1. de. is. 197. n. 4. & 9.* Quin etiam servitus per universitatem loco universo quæsita erit vna, quando nec omnibus, nec cohærentibus, sed quibusdam solummodo, & quidem distantibus locis singularibus utilitatem affert, siquidem non minus isto casu procedunt adducta pro confirmanda seruitutis vnitate, quam ubi in fundos omnes universi loci vel certe cohærentes vtilitas redundat, cum præsertim quo ad hoc, ut toti loco quæsita censeatur ac debeatur servitus sufficiat, si vel vni parti, nedum pluribus quantumvis distantibus vtilis esse queat servitus, *l. si partem, ff. de seruit. rust.* Plus dixerim, licet servitus interjacentibus quoq; fundis æque commoditatem afferre posset, si tamen ita per universitatem loco universo quæsita, ut ad certos eosq; distantes locos tantum commoditas pertinere debeat, nihilominus vnam fore: Namque servitutis pluralitas non a pluralitate vel distantia partium certarum, sed a sola pluralitate locorum dominantium, quorum vnicuiq; per se soli, quatenus totus & integer, sua sit acquisita servitus, *l. si ædes mea, ff. de seruitut. vrba. l. aquam, ff. quemadm. seruit. amitt.* Et ut perpetuitati vel individuæ naturæ servitutis, nihil officiunt intervalla dierum & temporum, quibus vsurpare servitutem solis liceat, *l. servitutes ipso, §. modum, ff. de seruit.* ita nec interstitia partium in loco dominante, ad quarum vtilitatem solam servitus restringitur, obesse poterunt vnitati servitutis, *per d. §. modum.* cum servitutis coarctatio ad certam loci dominantis partem æque pertineat ad modum jure constitutæ servitutis, *Bart. in l. stipul. non diuid. n. 3. & cæteri, ff. de verb. oblig. Ant. Gomez. post alios tom. 2. var. resolut. c. 10. num. 15. vers. nec obstat etiam. Faciunt quæ sup. de locis distantib. ampl. 3. tradita fuere.* Quomodo vero & quatenus vniversitas vel universo loco vel sibi acquirat per se vel administratores vel privatos sub ea contentos, patet ex traditis *per Bald. in l. sicut, §. si quid, num. 2. ubi Castrens. num. 6. & cæteri, ff. quod cuiusq. vniuers. nom. Dd. in l. 1. §. fin. ff. de acquir. poss. & in l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, ff. de verb. oblig. Capoll. de seruit. rustic. c. 9. nu. 25. 26. 27. Barthol. Socin. consil. 118. in controversia, volum. 3. Crauett. consil. 111. consil. 292. & consil. 317. volum. 2. Anton. Gabr. Roman. & per eum relatos lib. 6. commun. concl. tit. quod cuiusq. universit. conclus. 2. per tot. Menoch. consil. 80. numer. 1. vsq. ad 8. & 34. volu. 1. Decian. consil. 103. num. 7. usq. ad fin. vol. 3.*

15 Aut vero non universitas, sive, quod in idem recidit, privati nomine universitatis, sed singuli suo nomine servitutem acquisiverunt, eoq; nec loco universo potuerunt acquirere, *argu. l. si unus ex socijs, 19. ff. de seruit. rust. l. proprium, ff. commun. præd.* quippe cum non sit ille singulorum, sed universitatis, *l. in tantum, §. universit. ff. de rer. diuis. l. sicut, §. si quid, ff. quod cuiusq. universit. nomine.* & tantum intersit inter locum universum & fundos privatorum singulares, quos ille sua sub ambitu continet, quantum inter universitatem & privatos, quorum consociatione constituitur ipsa, *l. pupillo est, §. territorium, ff. de verb. sign.* Vnde sicut ij non ut universi, sed ut singuli servitutem comparant, ita fundis suis, quibus acquirunt eam, non ut universis, verum ut singulis acquirunt: qui casus esse videtur *l. testatrix, §. plures, ff. de seru. vend. ut sensit ibid. gl. Bart. Bald. Castr. & Duaren.* id quod ex textu liquet,

siquidem non modo saltus vniversitatis erat, quod supra ostensum, vt in eo non potuerit vniverso loco, quatenus vniversus est, servitus constitui, *l. in re communi, ff. de seru. vrb. l. quicquid, ff. commu. præd.* cum is vniversitatis non singulorum esse intelligatur, *d. l. in tantum, §. universit. juncta l. pupillus est, §. territorium, ff. de verb. sign.* verum etiam servitus compascendi dicitur esse jus prædiorum, quod sequatur ipsa, & ab vnoquoq; possit cum prædio alienari, *d. §. plures.* Hoc igitur casu concludendum fuerit, tot esse servitutes, quot prædia sunt, quibus huiusmodi jus quæsitum est, *per tex. d. l. si ædes mea, & ibid. Dd. ff. de serv. vrb. l. via constitui, §. fin. & l. si partem, ff. de seruit. rust. l. aquam, ubi Cast. l. nam satis, ff. quemadm. seru. amitt.* quæ jura in huiusmodi terminis loquuntur: nec immerito, cum hic plane deficiat loci dominantis vnitas, quam in præcedentibus præcipue ponderavimus, nec pluribus illis prædiis vt partib. loci vniversi integritatem constituentibus, sed per sese cuiq; prædio, quatenus totum quidpiam, fundusq; peculiares & integer est, competat, *l. si quis duas, §. plane diuisit, ff. commu. prædior. d. l. nam satis, vers. respondi, si diuisus.* Accedit, quod servitus perhibetur & est ipsius loci dominantis, *l. 1. ff. de seru. l. unus ex sociis, ff. de serv. rust. l. 1. ff. commu. præd.* Vnde si pluribus locis, non quatenus vni loco collectiuo sive vniverso subsunt sed quatenus fundi sunt integri, acquiretur vna eademque servitus, certe sequeretur etiam vnam & eandem numero servitutem in solidum esse plurium fundorum, id quod esset absurdum, & contra naturam, *l. 3. §. e contrario. l. si vt certo, §. si duob. ff. commod.* quæ etsi solius dominij & possessionis rerum corporalium expresse meminerint, non est tamen dubium, quin propter naturalem rationem *in d. §. e contrario,* tactam sit idem omnino juris etiam servitute, quæ si huius prædij est, vtique sequitur eandem numero alterius prædij non esse. *l. Pomp. §. 1. ff. de procurat. juncta l. stipulatio ista, §. sed si quis uti frui, ff. de verb. oblig. Fac. l. si & etsi possessori. §. si vero amiserit, ff. de jureiur.* Nec obstat, quod servitus individua sit, *l. stipul. non diuid. ubi Dd. ff. de verb. oblig. l. via, ff. de seruit.* ac proinde pluribus in solidum competat ejus petitio, *d. l. via, l. loci corpus, §. si fundus, ff. si seruit. vend. l. hæredes, §. antea, ff. fam. herc.* Est enim servitus ipsius prædij, non personæ, *l. si mihi, in fine ff. de seruit. rust. cum simil.* & ideo plurimum prædiorum eadem servitus esse nequit, *d. l. si ædes, d. l. nam satis, d. l. aquam.* plures autem ad personas pertinere potest in solidum, non quidem simpliciter & per se, sicut ad prædium pertinere dignoscitur, sed quatenus dominorum quisq; propter indiuiduam servitutis communi fundo quæsitæ naturam potest eam in solidum vendicare, *d. l. via, cum concor.* vsurpare, *d. l. aquam, vers. quod si plurimum.* & retinere, *l. servitus, l. si communem ff. quemadm. servit. amitt.* Porro quanti referat scire, sit vna servitus constituta, an plures, per sese manifestum *ex d. l. si ædes, & sim.* Nam ex prædictis consequitur; licet servitus loco vniverso quæsita non quoad omnes, sed aliquas modo partes eius loci fuerit usurpata, puta, cum aliqui ex universitate ratione fundorum suorum, quatenus ij sunt partes vniversi loci, servitute fuerunt usi, cœteri minime, nihilominus eam quoad omnes partes, hoc est, omnes fundos singulares, quibus vtilitatem afferre debuit, salvam retineri, *tex. not. in l. si stillicidij, in fi. & in l. si in partem, ubi Bart. & Dd. ff. quemadm. seru. amitt.* Probat idem *l. si partem, ff. de seruit. rust. & arg. l. una est, ubi not. per Dd. ff. de servit. rust.* E diverso servitute pluribus quæsita prædiis, vt singulis, cum plures, non una sit, ea solum prædia retinebunt, quorum nomine possessores eorundem vsurparunt: cœtera protinus amittent, simul atq; statuto tempore possessores illorum servi-

tate non vsi fuerunt, vel præscribi libertatem a domino fundi servientis permiserunt, vel etiam nominatim remiserunt, *d. l. si ædes mea. d. l. nam satis. d. l. aquam.*

26 Declar. 3. Quemadmodum † præscriptione vel consuetudine potest induci servitus in uno aut altero vel paucis fundis, vigore cuius liceat omnib. aut plurimis de universitate, vel publico vel privato nomine commodum inde percipere, præstito scilicet prius aliquo salario, *secundum l. venditor § si constat, ff. commu. prædior.* superius ponderatam: Ita vicissim possessores huiusmodi fundorum utilitatem vniversis aut plurimis exhibere valentium, præscriptione, multoque magis expressa concessione acquirere poterunt jus in loco vniverso vel singularibus locis, ne hominibus vniversitatis publico vel privato nomine aliunde quam e fundis illis emolumentum inde proveniens præstito consueto salario redimere liceat, neve liceat haberi alios fundos eo loci, quæ consimilem exhibeant vtilitatem: *Ita arg. d. l. venditor, § si constat. & per c. signifi. ante, de app tenuit Inno. in d. c. & ibid. An. de But. Bald. & Pan. nu. 1. & om. Canon teste Ias. in l. quo minus, n. 27. ff. de flum. Cy. & Dd. in l. 1. & 2. C. de fern. Bal. d. in l. si plures, n. 12. C. de cond. inf. & in l. de gab. n. 96. ff. de leg. Cast. in l. pecoris, n. 3. & in lect. Auen. n. 2. ff. de s. r. rust. Pet Iac. in pra. t. 16. de furno, n. 13. Cap. de seru. vrb. c. 30. de furno, n. 2. Ias. in §. aque, inst. de act. Iac. de S. Georg. in tr. feud verbo, & cum molen. Ripa in d. l quo minus, n. 132. Balb. de præs. p. 4. quintæ partis princ. q. 5. n. 1. Boer. decis. 125 n. 44. Dec. consil. 215. n. 3. Cra. cons. 118. nu. 22. vol. 1. & de antiquit. tem. p. 4. c. 4. nu. 98. Couarr. in c. possessor, p. 2. §. 4. n. 6. de regulis juris in 6. Menoch. de arbitr. jud. cent. casu 160. num. 7. & seqq. Natta consil. 106. n. 8. 12. cons. 227. n. 1. tom. 1. Vinc. de Franch. decis. 380. p. 2.* Non tamen in quasi possessione juris huius constituuntur, cum vniversitas aut homines eius aliquandiu non aliunde, quam ex ipsorum fundis emolumentũ præstito salario compararunt, vti nec illud præscriptione consequũtur, etiamsi homines vniversitatis diutissime consueverint non aliunde, nisi ex ipsorum fundis vtilitatem redimere: Nam ex hoc aut illo fundo utilitatem identidem sibi acquirere dato pretio, meræ facultatis est actus, quando nihil omnino possessores fũdorum vtilitatem exhibentium fecerunt, quo libertatem loci vniversi, sive singulorum præstito pretio vtilitatem comparantium imminuerent, sed sponte & ex mera voluntate seu facultate liberrime agentium, nec quicquam libertati suæ, quando pretium emolumenti ex aliquo redimendi, ad illorum fundorum potius, quam aliorum possessores pervenire malunt, præiudicare volentium, fundis prædictis eorumve possessoribus commoditas obvenit, *tex. in l. operis non impositis, ff. de operis libert. & in l. certis annis, C. de pact. Probat idem tex. elegans l. Proculus, ff. de dam. infect. gl. in c. abbate, ubi Panor. n 10. de verb. signi. gl. in l. non solet, in fi. vbi Bart. ff. de off. procons. Dd. in l. cum de in rem verso, vbi maxi. Bart. ff. de vsur. & plerig. Dd. locis præcit. max. Balb. qui testatur, ita Dd.* cõmuniter *concludere, & hanc esse* magis cõmunem opinionem *dicit Gab. Rom. lioc 5. t. de præs. n. 4. plures alleg. n. 1.* Quare jus illud præscriptione consequi non possunt, nisi postquam prohibuerunt homines vniversitatis, ne aliunde emolumentum compararent, fundosve simile commodum exhibere valentes constituerent, iiq; prohibitioni factæ acquieverũt, nec intra tẽpus, quo servitus huiusmodi præscribitur, contravenerunt: tunc enim præsumitur, a possessorib prohibitionem jure cuiusdam servitutis, quam sibi competere crediderint, esse factam, nec subsequens continuatio comparationis emolumentorũ ex illis duntaxat fundis amplius censeri potest meræ facultatis, cũ quod antea homines vniversitatis pro libera voluntate sua omiserant, nẽpe non aliunde cõparãdo, fũdosq; similes minime constituẽdo, deinceps vigore prohibitionis factæ intex misa-

intermiserint: vt proinde prohibentes non modo quasi possessionem servitutis adepti fuerint, verum etiam lapsu temporis ad eiusdem præscriptionem necessarij, adversus vniversitatem vel homines eius jus ipsum præscripserint: *ita per tex. l. hoc autem jura, ff. de serv. vrb. l. etsi forte, §. sciendum, l. si ut autem, §. sed si quaeratur, ff. si serv. vind. sensit gl. in l. qui luminib. vbi Dd. ff. de s. rn. verb. Panor. in d. c. abbate, num. 10. Ripa d. c. cum Eccles. n. 50. ac plerique Dd. paulo ante relator. Gometz. t. 2. var resol. c. 15. num. 25. vers. item adde. Natta consil. 166. num. 9. consil. 227. n. 2. 10. 1. Vin ent. ac Franchis p. 1. decis. 115. num. 3. Gab. Rom. lib. 5. t. de præscr. concl. 10. num. 13. qui plures allegat.* Ac licet Petrus & Cynus *in d. l. 2. C. de servit.* existimarint, jus de quo loquimur, per fundorum vtilitatem communiter exhibentium possessores quæsitum, non posse prædialem servitutem esse, quia non videatur fieri secundum exigentiam fundi, puta, furni, molendini, lapidicinarum, cum tales fundi alijs quidem vtilitatem præstare valeant, ipsis vero vicissim ex eo, quod hominibus vniversitatis non aliunde commodum percipere licet, aliquid vtilitatis accedere, tantum absit, vt potius ea, quã gignunt, commoditas ablatione vel vsurpatione assidua sensim diminuatur: ta-
17 men † eos reprehendit *Bald. in d. l. si plures, num. 12. C. de condit. insert. & Castr. in d. l. pecoris,* & recte quidem, cum servitutem prædialem non præcise necesse sit exhibere commodum, quod in ipsum fundum dominantem conferatur, & illic consumatur, sed prædij dominantis vtilitatem satis concernere videatur, si afferat vtilitatem quo ad fructus illius fundi cõmodius habendos, & ad vsum melius adhibendos sive accommodandos, quoniam prædium ipsum fructuum caussa habetur, *ut ex l. Mela, §. fi. vers. in eadem, ff. de alim. lega. erudite notat Donell. lib. 11. cap. 7. vers. sed etsi quis.* Hoc vsuvenit in proposito, vbi jus congrua mercede non aliunde quam ex hisce fundis vtilitatem redimendi, non quidem commodum exhibet, quod in fundos illos immediate conferatur & insumatur, attamen vtilitatem affert quoad eorum fructus, qui cum a fundorum dominis in totum vsurpari vel vtiliter cõsumi nequeant, ac proinde in distrahendo potissimum sive etiam locando vsus eorum quo ad dominos præcipue consistat, vtiq; tanto melior fundorum caussa fit, tantoq; rectius ad vsum adhibentur & accommodantur, quando vicinis non aliunde fructus huiusmodi sive commoditatis soli ferme communitati sive quam plurimis sufficientes percipere seu comparare licet. Quod ipsum forte voluit innuere Castren. quando respondet, videri satisfieri secundum exigentiam prædij, postquam in hoc consistit vtilitas, licet fundus de se non indigeat, *per gl. in d. l. pecoris, post text. ibi.* Quamvis ergo fundi prædicti, quatenus vicinis jus percipiendi ex eis emolumentum competit, sint servientes, *l. venditor, §. si constat, ff. commu præd.* vicissim tamen alia ratione dominantes existunt, quatenus a vicinis illa servitus non aliunde redimendi vtilitatem eis deberi dignoscitur, *arg. d. § si constat, iuncto d. l. si aqu. ante, de appellat.* Sane Castren. alia ratione motus arbitratur, idem jus non esse realem servitutem, quia non a re rei, sed à personis rei debeatur. Quod ita demum admittendum crediderim, si constet, contra personas modo sive vniversitatem per sese, non autem ratione loci vniversi, vel singularium, nec in loco quicquam juris esse quæsitum, *per text. §. taceo, inst. de serv. t. l. si cui, l. ei fundo, ff. de serv. l. certo gen. r. §. si totus, ff. de serv. rust. cum simil.* Nam si tale quid non appareat, in dubio verius videtur, in loco vniverso, si vniversitas ipsa, vel privati, quatenus sub vniversitate existunt, sive in loco vniverso degunt, prohibiti fuerunt aliunde vtilitatem comparare, vel certe in plurimis locis singularib. si pos-

si possessoribus eorum ut singulis hujusmodi prohibitio facta fuit, præscriptione jus esse constitutum fundis utilitatem loco universo vel singularibus plurimis sufficientem exhibentibus, ac proinde servitutem vere realem esse quæsitam: quod sensisse videntur plerique Dd. initio declarationis huius allegati, & expresse tradidit *Bal. in l. item lapilli, n. 9 ff. de rer. diuis. Panor. in d. c. Abbate, n. 10. de V. S. Pet. Iaco. d. t. 10. de furno, n. 8. Balb. d. p. 4. quintæ princ. q. 5. n. 3. Iason d. l. quo minus, nu. 32. ff. de flum. Crauet. d. cons. 111. n. 22. vol. 1.* Tum, quia per prohibitionem ab aliquo ad utilitatẽ fundi sui factã dominis locorum vicinorum, constituitur prohibens in quasi possessione servitutis, quæ transacto legitimo tempore per pręscriptionem acquiritur, *gl. singularis in l. qui luminib. quam sequuntur Dd. ibid. ff. de seru. rust. & plurimos pro hac sententia allegant Gomez. to. 2. c. 15. n. 28. vers. item adde. Couarr. d. §. 4. n. 6. Mascar. de probat. vol. 3. concl. 12. 14. n. 82.* Tum, quod interpretes ipsi, & cum eis Castr. *loc. præcit.* præsupponant, jus istud pręscribi contra degentes in vicinia: imo propter vicinitatẽ loci quoque redimere consueverunt utilitatem habitantes in vicinia, *d. l. venditor, §. si constat, ff. commun. præd.* cum in vicina loca utilitas è fundo quam facilime & commodissime deferri sive derivari possit, quę in remotiora non sine difficultate gravibusque impensis perventura esset, ut proinde ratione vicinitatis etiam facta in dubio censeri debeat prohibitio non redimendi aliunde, sive nõ constituendi similem fundum: *arg. d. §. si constat. juncta l. ergo, ff. de seru. rust. l. Mela, §. fi. ff. de alim. lega.* Itaque jus istud etiam ex parte eorum, contra quos est quęsitũ, reale sit oportet, cum vicinitas, cuius ratione & intuitu contra possessores præscriptum videtur, sit locorum, nec personis, nisi ratione locorũ competat, *l. non solum, in pr. ff. de noui oper. nunc. l. si tertius, ff. de aq. plu. arc. l. Mela, §. fin. ff. de alim. legat. cum simil.* Tum, quia si dixerimus, in dubio contra personas modo sive ut universas, sive ut singulas jus quæsitum videri, sequetur, eas etiam postquam in alia sese loca quantumvis longe remota contulerint, eidẽ juri obnoxias fore, cum jus in persona fundatum, sequatur eandem, quocunque se conferat, *c. privilegium, de reg. jur. in 6. & arg. l. cum fundus, ff. commun. præd. l. actionum, l. actio. in personam, ff. de act. & oblig. patet ex not. per gl. & Dd. in l. 3. in pr. ff pro soc. & per Dd. in §. omnium, ubi præ cæteris Ias. nu. 2. inst. de act.* & è diverso personas, quæ post illarum discessum loca vicina cœperunt inhabitare, ab huiusmodi onere non aliunde redimendi utilitatem, nec construendi simile prædiũ, plane immunes futuras, *arg. l. pecoris, ff. de seruit. rust.* quorum certe neutrum congruit intentioni præscribentis, & eorum contra quos præscribitur, hoc est, acquirentis & constituentium, siquidem damno efficerentur maximo tam personæ remotioribus in locis degentes, si vel singulæ, vel ut universæ tenerentur etiamnum comparare utilitatem è fundo longe distante: quam is, cui jus illud competit, si cum dissoluta universitate, vel extinctis singularibus personis id simul evanesceret, *per l. 2. ff. de usufr. & l. 3. §. fin. ff. quib. mod. usufr.* nec inhabitantes viciniam jure antecessorum tenerentur, *arg. d. l. pecoris, & l. ult. §. Lucius, ff. de contrah. empt.* Tum, quia videmus in proposito concurrere omnia, quę sunt ad servitutis realis constitutionẽ necessaria: fundi quidem dominantis, quorum ad utilitatem facto dominorũ prohibentium quæritur: vicinia sive loci viciniæ singulares, in quibus eorũ inhabitatores jus præscribi sinunt, quando prohibitioni super eo quod alioqui dominis in suo licet, videlicet aliunde comparare utilitatem suis fundis, aut in loco suo prędium simile constituere, factæ acquiescunt, nec intra legitimum tempus contraveniunt. Denique vel ex eo patet, quia non est alia juris huius natura, quam servitutum: Harum ea natura secundum ICtum *in l. quoties nec in fin. ff. de seruit.* non ut aliquid faciat loci servientis possessor, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat:

Con-

Conspicimus idem in hoc jure: nec enim eius vigore degentes in vicinia tenentur quidpiam facere, sed tantum non facere, hoc est, non aliunde vtilitatem comparare, non constituere fundum, qui similem vtilitatem gignat quandoquidem prohibitio præscribentis nihil est aliud, quam interdictio de non faciendo, quod alioqui facturus erat, qui prohibetur: tantum vero præscriptum intelligitur, quantum fuit possessum, *c. auditis. ubi Panor. nu. 9. Felin. nu. 10. cum seqq. & cæteri Dd. c. cum olim, de præsc. c. cum contingat, de decimis. Crauet. cons. 972. num. 13. vol. 5.* Vtilitatem quidem ex fundo præscribentis redimunt in vicinia degentes, non tamen quatenus illi servituti sive juri, de quo sermo nobis est, ratione viciniæ sunt obnoxij: sed quia emolumenti alieni ob defectum proprij comparatio est eis necessaria, sæpius etiam, quia vicissim in prædicto fundo servitus alia prædialis ipsis ratione loci universi sive singularium competit, servitus, inquam, percipiendi salario consueto præstito certam fundi vtilitatem vel invito domino, *d. l. venditor, §. si constat., ff. commu. præd.* quam quidem ab hac nostra quam maxime discerni, non hinc modo perspicuum quod qui locus in hac servit, in illa dominatur, & e diuerso, qui seruit in illa, dominatur in hac, verum etiam quod ex parte servientis illa in patiendo consistere videatur, vt e fundo serviente dominus eius patiatur in vicinia degentes, quippe loci dominantis possessores, vtilitatem acquirere, hæc autem in non faciendo, vt prœdiximus: quo fit, vt illa sit affirmatiua, hæc negativa, quæ propterea jus negativum ab interpretibus nuncupatur, & juri altius nõ tollendi, siue non altius ædificandi, cœterisq; negativis æquiparatur, vel potius connumeratur, *Bald. in l. item lapilli, num. 9. ff. de rer. diuis. & in d. c. significante, n. 1. de appell. quem referunt & sequuntur Jason d. l. quo minus, num. 32. & Balb. d. p. 4. quintæ partis princi. q. 5. Tradit idem Covar. in d. c. possessor, p. 2. §. 4. num. 6. vers. poterit etiam.* Quæ cum ita sint, eo minus ambigendum, jus prædictum in dubio videri fundo dominanti fuisse quæsitum in ipsa vicinia vel locis ejus singularibus quasi in loco seruiente, eoque recte realibus accenseri servitutibus, *§. ideo, inst. de seru. l. ff. commun. prædior.*

EXERCITATIO OCTAVA.

De concessione facta per verba juris, quatenus importet seruitutem.

SVMMARIA.

1 *Concessio per verba juris importat servitutem.*

2 *Siue juris in genere sit facta mentio, siue sub nomine servitutis.*

3 *Etiamsi promissio pœnæ concessioni juris apponi solita, saltem referatur ad personam eius cui fit concessio.*

4 *Stipulatio facti concessioni sub nomine juris conceptæ subdita nil impedit, quo minus intelligatur concessa seruitus.*

5 *Concessio juris, etiamsi nominatim ei persona concedentis aut eius cui conceditur, vel utriusq; sit inserta, nihilominus importat servitutem.*

6 *Concessio juris absq; mentione fundi dominantis aut servientis inducit servitutem.*

7 *Dummodo de prædiis aliunde constet:*

8 Con-

8. *Concessio juris, ubi nequit inducere prædialem, importat personæ servitutem.*
9. *Concessio facta sub nomine juris concernentis utilitatem prædij potius de servitute prædiali, quam de servitute personæ intelligenda.*
10. *Etiamsi fuerit actum, ne ad successores fundi transeat.*
11. *Nisi alia quæpiam urgens præsumtio concurrat, quæ personæ potius, quam prædio jus concessum arguat.*
12. *Præsumitur servitus ex dispositione sive promissione facta de jure præstando.*
13. *Servitus concessa intelligitur, sive verba juris executiva referantur ad concedentem, sive ad eum, cui fit concessio.*
14. *Concessio juris, quæ per concedentem fieri deberet demonstratur, quod occurrenti servitutem alioqui per semetipsum vel suos facere licet, non importat servitutem.*
15. *Concessio rei corporalis ex alieno fundo autoritate propria percipienda inducit servitutem.*
16. *Differentia redituum & fructuum à Conneno & Cujacio tradita refellitur.*
17. *Communis conciliatio l. fundi, ff. de usufr. lege. cum l. si quis ita, ff. de usufr. & l. cum ita, ff. de usufr. lega. probatur.*
18. *Verba* do lego *quam vim obtineant.*
19. *Concessio rei corporalis ex alieno semel percipienda non inducit servitutem.*
20. *Servitus concessa intelligitur per verba, quæ non minus, quam juris nomen designare servitutem possunt.*
21. *Ex concessione juris indeterminate respectu fundi, cuius ad utilitatem referri debet, non præsumitur servitus realis.*
22. *Nec tum, quando ex qualitate personæ, cui fit concessio, & rei concessæ firma suboritur præsumtio, jus personæ modo, non rei fuisse concessum.*
23. *Præcedente tractatu de jure personis modo, non prædijs concedendo, subsequens concessio juris de servitute prædiali non intelligitur.*
24. *Concessio juris ad hæredes non transitorij non importet servitutem realem.*
25. *Vti nec facta non habenti prædium vicinum.*
26. *Nisi ad utilitatem certi fundi relata sit, & concedens sciat, eum non esse illius fundi dominum.*
27. *Concessio juris non habenti prædium vicinum ab ignorante facta quandoq; personæ servitutem importat, realem nunquam.*
28. *Nisi conditionalis concessio sit, & conditione pendente fundum vicinum consequatur is, cui concessio facta est.*
29. *Ex concessione juris gratuito facta, non præsumitur servitus.*
30. *Nisi concedatur id, quod fieri minime consuevit ad tempus, sed ut perpetuo sit.*
31. *Servitus concessa non intelligitur, quoties aliunde apparet, concedentem noluisse ex concessione juris competere servitutem.*
32. *Vnde appareat talis voluntas concedentis.*



Væ præcedentibus duabus exercitationibus tractata fuere de servitutibus quibusdam usu receptis, quo rectius intelligantur, nosse plurimum refert, num servitus prædialis in dubio concessa intelligatur, an personalis obligatio tantum inducta censeatur, cum quod alias jure minime licet, in alieno agere habere permittitur. Itaq; cum in istam servitutum materiam inciderimus, opere pretium facturi videmur; si hunc etiam articulum, usu frequentem, nec exigua cum utilitate conjunctum, evidentioris doctrinæ gratia resolverimus. Et si vero interpretibus in eo ferme conveniat, ut si concessionis verba jus designent, servitus concessa statua-

tur: sin autem per verba facti concessio fiat, obligatio personæ tantum in personam quæsita credatur, quatenus tamen vtrumque membrum, & quomodo procedat, est admodum intricatum: eoq; cum vtriq; sua sit enucleatio necessaria, altero exercitationi sequenti reservato; primum in hac peculiariter explanabitur. Cir-
1 ca quod pro regula tenendũ: Quando concessionis verba jus designant, agendi scilicet habendive in alieno, quod jure communi agere habere non licet, servitutem concessam videri, *l. 3. §. eodem, ibi, jus esse ei, & §. qui habet, ibi, sive ei jus, l. per fundum, l. si mihi eodem, ff. de seru. rust. l. testatrix, §. plures, ff. si seru. vend. cum simil. Bart. in l. Lucius, ubi Castr. & cæteri, ff. de seruitut. rust. Idem Bart. in l. pater filiæ, num. 8. ff. de seruit. lega. Castr. in l. 2. §. item & si in facto, n. 2. ubi Iass. n. 6. dicens esse veritatem, ff. de verb. oblig. Franc. Aret. in l. si sic stipulatus, num. 6. ff. de verb. obl gat. Cepolla de seruit. urb. c. 2. num. 7. Zasius in l. apud Julian. §. si quis alicui, num. 3. ff. de legat. 1. dicens hoc velle* communiter *Dd. in l. stipul. non diuid. ff. de verbor. oblig. Idem in l. si sub una, §. si quis viam, num. 6. ff. de verb. obligat. Alciat. in l. 4. §. Cato, num. 18. in lec. Aventon. ff. de verb. oblig. Corasius in l. 1. nu. 123. ff. de seruit. Ioan. Bologn. in d. §. Cato, nu. 98. Decius consil. 262. n. 7. vers. quinto non obstat. Menoch. de retin. possess. rem. 6. nu. 20. & de præsumt. lib. 3. præsumt. 103. n. 34. Ioan. Vand. lib. 1. variar. quæstionum, q. 38. Mascard. de prob. vol. 1. concl. 388. nu. 6.* Nec ea modo textibus allegatis, sed rationibus etiam subnixa. Certi namq; juris, id quod in obligationem sive ex contractu sive ex vltima voluntate dependentem deducitur, ab ea reipsa diversum esse oportere, prout liquido patet ex *l. obligationum substantia, ff. de act. & oblig. juncto pr. inst. de obligat.* Quare cum in obligationem jus ipsum deduxerit concedens vel inter vivos per contractum, quando semetipsum ad illius dationem pactionibus astrinxit, *l. via, l. quoties, ff. de seruitut. l. plurib. §. etsi placeat, ff. de verbor. oblig. §. ult. inst. de seruit.* vel per vltimam voluntatem, quando successorem ad illius præstationem obligavit, *d. §. ult. l. si cui, l. si iter, ff. de seruit. l. si via, iter, l. itinere, ff. de seruit. rust. l. potest, ff. comm. præd. l. 1. ff. de seruit. lega.* idq; non possit intelligi de obligatione personæ, ne sit eadem in semetipsam deducta, quod fuerit inconveniens, restat, ut servitus eo denotata concessaq; fuerit. Deinde cum in proposito per verba juris reperiatur facta concessio, non potest dici, merum solummodo factum, quantumvis creberrime repetendum, videri concessum, quandoquidem jura & facta invicem opponuntur, maximoq; discrimine dissident, ut post alios luculenter & egregie ostendit *Bolognet. in tr. de multiplici significatione & differ. juris & facti, maxime nu. 49. & seqq.* Quoties autem nudum solummodo factum nõ est in obligatione, oportet in ea rem aliã esse, corporalem, vel in jure consistentem, & quæ in facto non est obligatio, nec in faciendo consistit, eam oportet esse obligationem dandi sive præstandi, *l. 2. ubi Dd. ff. de verb. oblig. juncta l. obligationum subst. ff. de act. & oblig.* Cujus porro consequens est, concessionem facultatis agẽdi habendive in alieno, sub nomine juris factam, nihil aliud importare, nisi servitutẽ, quippe rem in jure consistentem, vigore obligationis præstandam. Tertio comprobatur ex eo, quia concurrunt in proposito quæcunq; sunt ad servitutis concessionem necessaria. Sive enim formam desideremus servitutis, exprimitur ea, quando sub nomine juris quidpiam conceditur agendũ habendumve: Sive subjectum, ostenditur locus, in quo liceat illam exercere, nec deest, cui servitus acquiratur: Sive caussam effectricem, concedit is, qui fundi servituri dominus, & quidem alteri acceptanti & acquirenti ad suam vel prædij sui vtilitatem, in qua finis servitutis consistere dignoscitur, *l. quoties nec, ff. de seruit. l. de pupillo, §. & belle Sextus Pedius, ff. de novi oper. nunc.* Proinde cum in actu positis cuiusq; rei requi-

requisitis essentialibus res ipsa simul inducatur, actuq; ponatur, *l. in vendition. §. inde quaeritur, l. Sabin. ff. de contrah. emt. l. 2. §. adeo autem, ff. locati. l. naturalis, §. & siquidem, & §. at cum do. ff. de praescr. verb. Fac. not. per Ioa. Bologn. in l. nemo, n. 3. & seqq. ff. de lega. 1. & in l. sciendum, n. 4. 5. 6. de V. O. Zas. lib. 1. singul. respons. c. 12. n. 1. Coras. lib. 3. misc. c. 10. n. 1. & 2.* nihil vtiq; videtur obstare, quo minus concessionem juris de servitute interpretemur. Quartò, suffragatur etiã subjecta materia, siquidem de eo jure concedendo tractatur, ut alteri facere vel habere liceat in alieno, id quod ad servitutes pertinere consuevit, ijsq; competere, *l. si cui simplici, ff. de seruit. l. 1. ff. de seru. vrb. l. 2. ff. de seru. rust. cum simil.* Atqui ad jus reale ab obligatione personali dignoscendum, materia subjecta cum primis attendenda, ut cui magis illa congruit, id concessum credatur, *c. 1. de offic. vicar. in 6. c. pontifices, 12. q. 3. Abb. consil. 93. n. 2. vol. 2. Calderin. consil. 8. de privil. Crauet. consil. 929. num. 3. volu. 5.* Deniq; licet sub juris nomine personalis etiam obligatio veniat, *tex. in pr. inst. de oblig.* tamen vel ideo magis praesumenda concessio servitutis, quia potior est ea, durabilior, majorisve cum efficaciae tum vtilitatis, quippe quae rebus affixa cohaeret, fundos afficit, cumq; ijs ad quemcunq; possessorem transit, *l. cum fundo, ff. de seru. rust. l. cum fundus, ff. comm. praed.* cum è diverso à personis vtrinq; sustineatur obligatio, simulq; cum ijs intercidat, nec eas egrediatur, *l. fin. §. Lucius, ff. de contrah. emt. l. Caius, ff. de ann. lega. cum simil.* Vera vero cuiusq; dispositionis in potiore significatione accipienda veniunt, *l. 1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectigal. l. 1. §. biduum, ff. quando appellan. l. si duo patroni, §. 1. ff. de jurejur. Franc. Aret. in l. 1. n. 2. vers. in dubio a. ff. de lega. 1. Castrens. consil. 160. nu. 2. lib. 1. Cephal. consil. 552. n. 4. vol. 4. Corasius in. seruitutes praedior. in pr. num. 14. ff. de seruit.* plenoq; jure sunt intelligenda, *Bald. in l. cum mota, C. de transact. Tiraq. de retract. convent. § 2. gl. un. num. 8.*

Quae cum ita sint, pro extensione regulae notandum primo: procedere illam †, sive juris in genere sit facta mentio, quo casu adducti pro illa textus & rationes omnimodo militant, ac pleriq; Dd. allegatorum loqui videntur, sive sub nomine servitutis concessio fiat, *l. 2. l. luminum, l. qui aedificium, l. si seruitus, ff. de seru. urb. & sensere Dd. lo. rel.* Hic enim longe minus personae tantum quaesita videbitur obligatio: cum quia servitus est species juris, ut quae in genere de jure perhibentur, servituti quippe speciei competere cumprimis debeant, *l. specialia, ff. de regul. jur.* tum vel eo magis, quia servitutis notione penitus excluditur, haudquaquam continetur obligatio personalis, *l. obligationum substantia, ff. de oblig. & act. l. Caius, ff. de annuis legat.* quae tamen alioqui juris appellatione peraeque gaudet, *ut in pr. inst. de oblig.* Quin cum in proposito quaeramus idipsum, servitus ne concessa sit, an obligatio, certae servitutis expresso nomine, quod volumus, habemus in ipsa concessione clare determinatũ, ut nec vllis amplius conjecturis in re clara videatur opus, *l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de leg. 3. l. continuus, §. cum ita, ubi Zas. & alij, ff. de V. O. c. is qui fidem, de sponsal.* Sive deniq; species modo servitutis aliqua nomine suo designata fuerit, puta, stillicidium, lumen, flumen, iter, actus, via, aquaeductus, &c. Quamvis enim tum nec servitutis meminerit concedens, nec juris, quia tamen huiusmodi nomina nõ factum solummodo nudum important, nullatenus ambigendum, quin isto casu concessa sit ea servitus, cuius nomen expressum reperitur: idq; non modo propter autoritates & rationes pro regulae confirmatione adductas, hic peraeque militantes, verumetiam *per tex. l. 2. §. 1. l. pluribus. §. etsi placeat, ff. de verb. oblig. l. 2. & 3. ff. de seru. lega. l. si cui, cum l. seq. ff. de seru. l. 2. §. aquaeductus, l. 3. in fi. l. certo generi, §. si totus, vers. at si iter, l. per quem, l. si unus, 19. l. si mihi concesseris, l. si via, iter, l. itinere, ff. de seruit. rustic. l. qui per cert. ff. commun. praedio. l. cum in lege, ff. de contrah. emt. cum simil. Donell.* 2

lib. 11. comm. de jure civ. c. 5. vers. hanc tandem. Ac licet stipulatio, iter fieri, referatur inter stipulationes faciendi *in l. 2. §. item si in facto, ff. de verb. oblig.* quas non ad servitutem constituendam, sed ad factam solummodo præstandum obligare constat *ex traditis per Dd. in d. §. item si in facto, maxime Ias. n. 6.* tamen id propterea usuvenit, quia non simpliciter ea stipulatione iter exprimitur, sed ex adjecto verbo fieri, quod constitutioni sive dationi servitutis quodammodo repugnat, nō obscure colligitur, contrahentes de facto tantum sensisse, ut ire agere liceret, prout recte censuerunt recentiorum eruditissimi quiq;, *Alciat. in l. 4. §. Cato ubi Bolognet. n. 154. & Donell. n. 6. & 7. ff. de verb. oblig. Duar. in d. §. item si in facto, ubi Cuiac.* Quoties autem alicunde constare potest, contrahentem noluisse servitutem inducere, regulæ minime locum fore, nō inviti largimur, siquidem sententia disponentis cumprimis attendenda, *l. in ambiguis, ff. de regul. jur. l. jurisgentium, §. utrum, ubi præ cæteris Ias. nu. 15 & seqq. ff. de pactis, l. in conventionib. ff. de verb. signif.*

3 Secundo videtur extendenda: etiamsi promissio pœnæ, si forte per concedentem vel successores eius steterit, quo minus uti jure concesso liceat, huiusmodi concessionibus jurium apponi solita, saltem referatur ad personam eius, cui fit concessio: nec enim propterea minus existimandum, concessam fuisse servitutem, cum verba concessionis in jus sonantia de servitute concedentē sensisse, sufficienter indicent, ut ex accessorij natura, qualitatem principalis nec metiri nec æstimare, multo minus inde contra præsumtam concedentis mentem statuere quicquam vel inferre oporteat, *tex. in l. cum fundo, ff. de seru. rustic. per quem singulariter hoc notat ibid. Bart. Bald. Ang. Castr. & cæteri Connan. lib. 4. comm. juris civ. c. 10. n. 3.* Ac licet illic expresse non supponatur, concessionem sub nomine juris factam fuisse, quin potius asseratur, fundo retento servitutē fuisse impositā, ut proinde forte quis existimare possit, ICtū eo casu loqui, cum nominatim fuit actum, ut aquæ ducendæ servitus fundo retento imponeretur, & vendito acquireretur, quib9 in terminis quando versamur, indubitatum est, esse servitutem realem, *teste Cæpolla de servit. urba. c. 2. nu. 5. Menoch. de ret. poss. rem. 6. n. 28.* tamen in huiusmodi casu ICti decisionem non esse accipiendam, vel ex eo luculenter apparet, quia foret hac ratione dubitationis omnis expers, quandoquidem in rebus per sese clarissimis ad ancipitem ex accessorio conjecturam esse recurrendum, nulla juris ratio dictat, quam maxime potius adversatur: Leges autem oportet intelligere de casu dubitabili, ne supervacuæ sint aut frustratoriæ, *text. not. in l. 1. in fin. ff. ad municip. l. ancillæ, C. de furt. l. quod Labeo, ff. de Carb. edict. Dd. in c. cum in jure, de elect.* & communiter *interpretes in l. qui Romæ, §. duo fratres, teste Iason. ibid. num. 2. ff. de verbor. obligat.* Adde quod nec ipse ICtus asserat, impositionem servitutis ex circumstantijs vel indicijs evidentib. constitisse, ut nobis huiusmodi quid ad textum proprio motu fingere sive divinare minime liceat. Quin cum in venditione pactum, quod importare servitutem videbatur, fuisset adjectum, eiusque vigore venditor passus esset, emtorem ad prædium suum aquam ducere, arguens ICtus inde subsecutam esse impositionem servitutis, quæ distractum denuo prædium sequatur: concludit hinc, ex adjecta pœnæ stipulatione, contrarium non esse præsumendum, nec statuendū. Deniq; licet ICtus impositionis meminerit, quam patientia concedentis, & usurpatione acquirentis fieri constat, *l. quoties via, ff. de seru. l. 1. in fi. ff. de seru rust.* tamen ad certā concessionis formulā, quæ præcesserit impositionē, sese minime restringit, eoq; text9 generaliter quamlibet concessionē, ex qua verisimiliter appareat, servitutē fuisse concessam, admittit, ut ex patientia & usurpatione subsequente servitus imposita statuatur, & quod huius consequens est,

ex

ex promisſione pœnæ ad perſonam
relata contrarium nequaquam præ-
ſumatur. Non igitur ambigendum,
quin tex. *d. l. cum fundo*, in caſu noſtro
procedat, cum ſub nomine juris con-
ceſsio facta fuit: quod manifeſte ſen-
ſit *Caſtr. ibid.* qui ex verbis *aquæ ducen-
dæ ſervitus*, à ICto vſurpatis, colligit
conceſsionem his ipſis verbis procul
dubio fuiſſe factam, eoq; cum ſint ju-
ris, veram ſervitutem ijs fuiſſe deſi-
gnatã: quove minus ipſius de ſenten-
tia dubitetur, expreſſe remittit ſe, ad
ea, quæ ſcripſerat *in l. Lucius, ff. de ſerv.
ruſt.* ubi regulam noſtram ſuperius fir-
matam præ cœteris inculcat & com-
mendat. Suffragatur etiam Accurſ.
cũ *in gl. ult. d. l. cum fundo*, dubitandi ra-
tionẽ ſtudioſe movet, eamq; propte-
rea non obſtare contendit, quia mens
contrahentium fuerit, ut prędio quæ-
reretur: illam vero ex verbis in jus
ſonantibus potiſsimum colligi, plene
ſuperius oſtenſum. Clarius Bart. qui
conceſsionem ſervitutis, ait, in dubio
realem intelligi, nec ex ſtipulatione
pœnali ad perſonam relata aliud præ-
ſumi. Pręſumtionibus autem ſive con-
jecturis in re certa non eſſet opus, ut
ante dictum. Bartolum ſequitur ibid.
Bald. & alij. Similiter etiamſi ex parte
concedentis promiſsio pœnæ ſit per-
ſonalis, non ideo conceſsio juris, cui
ſubjicitur, perſonalis pręſumetur, ſed
realis, *per d. l. cum fundo, & ſenſerę Dd.
ibid. traditq́; Conna. loc. rel.* Quamvis
enim Paulus ex ratione in principio
legis adducta, videlicet, quia ſeruitus
in fundo eſt conceſſa & vſu mediante
impoſita, ſaltem ad eum, cui facta erat
conceſsio, eiuſq; prædium inferat, ta-
men ex eadem non minus imò fortiꝰ
argumentari licebit ad concedentem,
eiuſq; fundum, ut cum per conceſsio-
nem juris, eiuſq; ſubſecutam vſurpa-
tionẽ ſervitus impoſita fundo fuerit,
illa fundum comitetur ad quemcunq;
poſſeſſorem, *l. cum fundus, ff. comm. præd.*
quantumvis ſtipulatio, qua pœnam
promitti placuit, ad perſonam conce-
dentis relata ſit, *d. l. cum fundo.* Rurſus
cum ex parte acquirentis ad perſonã
relata pœnę ſtipulatio propterea quo-
que non evincere valeat, conceſsio-
nem juris præviam æque perſonalem
eſſe, quod hęc quidem nõ modo poſſit
ad quemcunq; rei poſſeſſorem perti-
nere, verum etiam ſecundũ naturam
rei ſubjectæ pro reali ſive in rem con-
cepta potius habenda ſit & accipien-
da, illa vero perſonam ſtipulantis aut
hæredum eius excedere nequeat, *l.
ſtipulatio iſta, §. alteri, ff. de verbor. oblig.
§. alteri, inſtit. de inut. ſtipul. junctis vtro-
biq́; not. per Dd.* vtiq; conſequitur, ut
ex parte concedentis etiam ad per-
ſonam relata pœnæ promiſsio con-
ceſsionem ſub nomine juris factam,
quæ ſervitutem regulariter importa-
re atq; deſignare conſuevit, neuti-
quam arguat eſſe perſonalem, *argu. l.
illud, verſ. & merito, ff. ad leg. Aquil. cum
concor.* quandoquidem promiſsio pœ-
næ præter eum, qui promittit, hoc eſt,
concedentem vel eius hęredes, nemi-
nem aſtringere poteſt, *d. l. ſtipul. iſta,
in princ. & §. 1. ubi Dd. ff. de verb. oblig.*
Huc etiam apprime facit vulgata ju-
ris theorica, quod in vno relatorum
diſpoſitum, etiam in altero locum ha-
beat, *l. ult. C. de judic. vid. l. ſi cum dies,
§. penult. ff. de recept. arb. l. cum emtor,
ff. de reſ. in. vend. cum ſimil. Euerh. in loc.
à correl. num. 3. Dd. ad rub. ff. de acquir.
poſſ.* Nec minus adjuvat altera, quod
in diverſis, nec eandem naturam ſi-
ve conditionem habentibus, uti ſunt
in propoſito conceſsio juris, & pœnæ
promiſsio, ab uno ad alterum regu-
lariter illatio fieri non debeat, *l. neq;
natales, C. de probat. l. ult. ff. de calumn.
l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acq.
poſſ. cum concor.* Hinc † vero ſimul elu- 4
ceſcit, etiamſi ſimplices citra pœnæ
adjectionem ſtipulationes faciendi ſi-
ve nõ faciendi, puta, ire agere licere,
per te nõ fieri, quo minus mihi meiſq;
liceat aquam ducere, haurire, &c. con
ceſsionibus ſub nomine juris rite con-
ceptis appoſitæ ſint, non tamen con-
tinuò præſumendum conceſsiones il-
las tantum perſonales eſſe, nec impli-
care ſervitutem. Id enim contra ve-
riſimilem contrahentium intentio-

nem foret, postquam non hoc tempore demum, sed jam olim vsitatum, huiusmodi cautiones seu stipulationes faciendi sive non faciendi, concessionibus jurium sive servitutum adijci, *l. quoties via, ff. de servit. l. harum, ff. si servit. vend. l. 2. §. item si in facto, ubi præcipuè Duar. l. 4. §. Cato, l. stipul. ista, §. si quis ita, ubi singulariter idipsum notat Donell. num. 4. ff. de verb. oblig.* ut servitutis debitor firmius obstrictus habeatur, confessoria pariter & actione ex stipulatu, *Castr. in d. l. cum fundo, Duar. in d. §. si quis ita.* & pacificè servitus exerceatur, isq; cui ius illud concessum, molestijs litium non implicetur, *Coras. d. l. quoties via, num. 6.* Igitur nisi concurrant aliæ conjecturæ sive adjumenta, non ex eo solo, quod istiusmodi stipulatio facti concessioni juris alioqui rite conceptæ subdita sit, protinus existimandum, contrahentes illam juris concessionē ita restrinxisse, ut nudum solummodo factum, non servitus vlla promissa intelligenda sit, ne propter commodiorem servitutis vsurpationem adjecta sortiantur effectum plane contrarium, *l. legata inutiliter, ff. de adim. legat. l. qui hominem, §. fin. ff. de solut. l. 2. in fin. C. de jurejur. prop. cal. Dec. cons. 47. n. 15.* neve actus agentium, egrediantur eorum intentionem, *l. si ego, l. non omnis, ff. si cert. pet. l. verum est, l. si quid fur. ff. de furt. l. multum interest, C. si quis alteri vel sibi, cum simil.* Deinde constat stipulationem pœnalem eo saltem fine interponi, ne id quod interest, commissa stipulatione simplici prȩstandum probari necesse sit, eoq; pœnalem loco simplicis stipulationis ad evitandam probationis difficultatem surrogari, *§. penult. & fin. inst. de verb. oblig. l. ult. ff. de stipul. præt.* Cumq; regulariter eadem surrogati & alterius, cui surrogatur, natura sit, idemq; propemodum de vtroq; judicium, *l. si eum, §. qui injuriar. ubi gl. & Dd. ff. si quis caut. l. si & rem, ibi, quia potest, ff. de pet. her. l. duob. §. quod reus, ff. de jurej. l. si donata, §. sponsus, ff. de don. inter vir. & vx. l. filia, 28. §. Titia, ff. de cond. & demonst.* vel hinc perspicuum, non magis stipulationem faciendi sive non faciendi simplicem evincere, concessionem sub nomine juris factam esse personalem, quam stipulationem pœnalem, quæ simplicis naturam sapit, eiusq; conditionem & qualitates induit, *per ea quæ late tradit Gab. Rom. comm. conclus. lib. 5. t. de reg. jur. concl. 2.* Iamvero non ideo, quod in stipulationem pœna deducta fuerat, sed ea tantum de caussa, quod ad personam relata erat, dubitabatur *in d. l. cū fundo*, an non inde præsumendum, concessionem esse modo personalem, ut ex verbis textus aperte liquet, ibidemq; notat *gl. ult. & Dd.* At hæc ipsa modo, non alia subest in stipulatione simplici faciendi sive non faciendi, *l. stipul. ista, in pr. & §. 1. & §. alteri, ff. de verb. oblig.* Proinde in tali stipulatione peræque procedere oportet dispositionem *d. l. cum fundo.* cum præsertim rationes paulo ante circa declarationem *d. l.* consideratæ idipsum evidenter ostendere videantur.

Tertiò pro extentione regulæ ob- 5
servandum, ei locum esse, etiamsi persona concedentis, aut eius cui fit promissio, vel etiam vtriusq; nominatim concessioni juris inserta reperiatur: Nihilominus enim servitus concessa potius intelligetur, quam obligatio tantum personalis inducta, *gl. in l. pecoris, quam singulariter ad hoc notat Castrens. ibid. in lect. 2. num. 3. Sequitur illic Bart. Bald. & cæteri*, & sensisse videntur ij, quos ante pro regulæ confirmatione allegavimus. Probatur ea *per l. si cui, ff. de servit. l. servitutes, 19. §. si domo, ff. de servit. urb. l. per funaum, l. per quem, l. si unus, l. si mihi, cum l. seq. ff. de servit. rustic. l. si in venditione, l. qui per certum, ff. commun. præd. l. sicuti, §. competit, l. si à te, ff. si servit. vendic. l. si partem, §. si per fundum, ff. quemadm. seru. amitt.* quibus etsi mentio personarum in concessione juris fiat, tamen jus reale sive servitus inducta censetur: Nec id quidem absq; ratione: Personæ namq; concessionibus inseruntur, non ut personales illæ fiant, sed ut demonstretur, à quibus

bus eæ, sive cum quib9 factæ fuerint, *te. not. in l. jurisgentium, §. pastorum, ubi Dd. l. tale pactum, ff. de pact. l. si necessari. §. penult. ff. de pignor. act. l. si pactum, ff. de probat. l. alimenta, ff. de alim. lega. cum simil.* Quod in proposito procedit co magis, duplici de caussa, cum; quia concesſiones, de quibus agitur, non simpliciter, ut aliæ dispositiones sive conventiones, in quibus assignata theorica obtinet, conceptæ sunt, verum sub nomine juris; quod in obligationem deductum, rem in jure consistentem ab obligatione plane diversam, quę nihil aliud quam servitus esse dignoscitur, importat, ut antea notatum: tum, quia servitutes, cum veniant imponandæ & acquirendæ rebus inanimatis, præsupponunt interventum & ministerium personarum, per quas concedantur, & acquirantur, *l. 1. l. proprium, & l. 1. ff. commun. præd.* Præterea concesſio qualibet ex qualitate seu natura concessæ rei dijudicanda est, *l. un. § ne autem, ubi Dd. C. de cadnc. toll. Iason in l. apud Iulian. §. si quis alicui, n. 9. ff. de legat. 1. & tradit post alios Alciat. respons. 203. num. 17. Berous consil. 173. nu. 68. lib. 1. & consil. 159. nu. 7. lib. 3. Menoch. lib. 3. præsumt. 103. num. 15.* Conceditur autem jus agendi habendive quidpiam in alieno, cuius ea conditio naturaq;, ut prædijs competat vel inhæreat, *l. pecoris, l. si mihi, §. fin. ff. de servit. rustic. l. 1. ff. commun. præd. cum simil.* eoq; ultra personam primi acquirentis vel concedentis transeunt ad quoscunq; prædij possessores, *l. cum fundo, ff. de servit. rust. l. cum fundus, ff. comm. præd.* Itaq; non ambigendum, quin concesſio juris, in qua vel concedentis vel acquirentis persona sit expressa, pro reali sit habenda & accipienda.

6 Quartò pro extensione prædictæ conclusionis notandum: Quamvis non desint, quibus visum sit, ita demũ concesſionem sub juris nomine conceptam importare servitutem, si sit expresſè facta propter vicinum prædiũ, *Ias. in l. apud Iulian. §. si quis alicui, n. 15. 16. ff. de leg. 1.* alioqui jus fore executiuum facti mere personalis, *l. si pal. ista, §. si quis ita, ff. de verbor. oblig. l. penult. ff. de servitut. rustic.* Verius tamen esse videtur, concesſionem juris designare jus reale, quantumvis in ea non fuerit expresse dictum, jus concedi in fundo, sive propter fundum: imo tum quoque, cum fundi dominantis aut servientis mentio prætermissa fuit: *Ita recte docuit præ cæteris Franc. Aretin. in l. si sic, num. 6. ff. de verbor. oblig.* idemq; sensisse videntur interpretes ad conclusionem principalem supra relati, quando non solum asserunt, indubitatam esse quæstionem, cum fuit expresse dictum, concesſionem juris propter vicinum fieri prædium, *Capoll. de servit. urb. c. 2. num. 7. Menoch. de rem. 6. num. 25.* sed & in eo generaliter conveniunt, servitutem videri concessam, quando, ut in casu nostro, non est indeterminate concesſio facta, ut usurpare liceat, ad quemcunq; fundum voluerit. *Bart. in primis & Dd. in l. Lucius, ff. de servitut. rustic. or.* Probatur ampliatio nostra, primum per illos juris textus, quibus etsi prædij non fiat expressa in ea, de qua quæritur, concesſione mentio, concessa nihilominu9 perhibetur servitus, *l. si cui simpliciter, l. si tam angusti, ff. de servit. l. si arborem, §. hac lex, l. si servitus imposita, ff. de servit. urb. l. 3. in pr. l. per fundum, l. per quem locum, l. si mihi eo-dem, l. si mihi concesseris, l. si via iter, l. si quis duo, ff. de servit. rust.* Quas minime licebit evitare dicendo, ICtos, nõ ipsa recensere concesſionum verba, quibus forte prædiorum mentio peræq; facta fuit, nec in dubium revocare concesſiones servitutum, sed circa easdem movere alias quæstiones ad propositum nostrum vix pertinentes. Namq; solenne ICtis nostris, ut & in facti specie determinanda circumstantias apprime necessarias diligenter exprimant, & in verbis, quæ in contrahendo sive disponendo usurpata reperiuntur, aut alioqui sæpius usurpari consueverũt, recensendis usq; adeo sint religiosi, ut ex ijs nihil ferme nisi quatenus cõtextus orationis,

Latiniq; sermonis structura flagitat, immutent, imo frequenter ipsam dispositionis formulam referant, quemadmodum ex plerisq; Pandectarum titulis, maxime ille, qui de verborum obligationibus inscribitur, perspicuum, & ex his, quæ de formulis & solennibus populi Romani verbis prolixo libro scripsit eruditissime *Barnabas Brissonius*, luculenter apparet. Illud in proposito eos obseruasse, tanto magis est verisimile, quo sunt plures leges, quibus concessio quidem juris proponitur, at non æque fundi alterutrius mentio fit. Quod si nostra in earum plerisq; dubitatio principaliter non attingitur, attamen quia non in terminis alibi decisa reperitur, & ex ijs non obscurum decidendæ quæstionis argumentum suppediatur, vtiq; bona consequentia licet illas pro confirmatione adducere, cum textus legis non ea modo, quæ in ipsa expresse deciduntur, sed & quæ per argumentum inde probabiliter eliciuntur, sufficienter probet, *l. non possunt, l. nam ut ait, ff. de legib. l. non solum, §. similiter, ubi Bald. ff. de excus. tut. Late post alios Euerh. in proœm. locor, nu. 5. & seqq.* Ne sit multis opus, *in d. l. servitus*, vt ex textu liquit intuenti, refertur ipsa concessionis formula, qua contrahentes non alterum solum, sed utrumque prædium silentio prætericrunt: Nec tamen eo minus ICtus illam de seruitute luminum accipit, atq; adeo ex professo interpretandam suscipit. Similem concessionis sine vllius prædij mentione factæ formulam adducit Vlpianus *in d. l. si arborem, §. hac lex*, quam non modo de servitute stillicidij nominatim illic interpretatur, verum insuper addit, idem de cœterarum seruitutum concessionibus esse statuendum. Deinde non parum suffragatur *l. testatrix, §. plures, ff. si seru. vend.* ubi plures ex municipibus prædia possidentes saltum communem nominatim ita comparaverant, vt jus compascendi haberent, neq; prædia sua, quorum tamen utilitatem potius concernebat, expresserant: id quod ex eo apparet, quia ICtus manifeste præsupponit in decisione sua, voluntatem contrahentium manifestam non esse: quæ tamen obscura esse minime potuisset, si quidem fuisset actum, vt prædia compascendi jus haberent, sive vt prædiis illud competeret. Concludit autem ICtus illic, jus fundis nihilominus in dubio quæsitum videri, eoq; simul ad singularem fundi successorem transire. Vnde efficitur, concessionem juris, servitutem inducere, quantumvis prædij mentio facta non sit. Tertio, si rationes principalis conclusionis bene ponderemus, non minus ijs efficitur, concessionem juris absque prædij mentione factam importare servitutem, quam ubi disponentes meminerunt prædiorum: Quod si rationes dispositionis efficiunt, vt ad casum alioqui dispositione minime comprahensum trahatur illa, *l. non possunt, ff. de legibus l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. quædam, §. nummularios, ff. de edendo, cum simil.* Certe multo magis evincent, conclusionem principalem in casu nostro sub ea comprahenso procedere, *jur. præcit.* Quarto: Quia fundus propterea simul exprimi consuevit in concessione juris, vt intelligatur, in quo vel cui prædio competere jus debeat, pro forma vero sive solennitate substantiali concessionis seruitutum requiri eius expressionem, vix in jure comperiemus: Quoties igitur citra expressionem fundi, quod frequenter evenit, manifestum esse potest, in quo vel cui servitus competere debeat, caussa nulla suberit, cur illum in concessione nominare necesse sit, cum ex æquipollentibus vtrum fiat, nil referat, ac de re sufficiat aliunde constare, *l. certum, ubi Dd. ff. si cer. pet. l. 1. §. si quis uxori, ff. de dote præleg. l. nominatim, ff. de cond. & demonst. cum simil. Gomez. to. 1. var. resol. c. 2. num. 6. & 7.* Quinto, quia jura, quorum de concessione loquimur, eius naturæ sunt

atq;

atq; conditionis, vt in rebus compe-
tant alienis ad vtilitatem alterius,
eoq; prædia semper pręsupponant,
taciteq; simul includant, *l. 1. ff. de usu-
fr. l. 1. ff. comm. præd. l. de pupil. §. Sextus,
ff. de noui oper. nunc. cum simil.* At quę ta-
cite inesse censentur, eorum omissa in
dispositione expresio nec quicquam
dispositioni derogat, *l. cum quid, ubi
not. per Dd. ff. si cer. pet. l. cum qui Calend.
ff. de verb. obl. cum sim.* Sextò: Quia iam
in vsufructu dignoscitur esse necessa-
ria persona, cui competat, quàm in
prædiali servitute prędium dominãs,
nec aliter hoc ad prædiales, quã per-
sona sese ad vsum, vsumfructũ & ha-
bitationem habet *l. 1. ff. de sern.* Sed cõ-
cesio vsusfructus, siue quod in idem
recidit, concesiio de utendo fuendo
sub nomine juris concepta, valet atq;
servitutẽ vsusfructus importat, quã-
tumvis in ea, personę fructuarij non
sit expresse facta mentio, *ut est tex. in
l. stipul. ista, §. si quis ita, vers. sed et si, ff.
de verb. oblig.* ubi licet quispiam non si-
bi nominatim, sed simpliciter sine per-
sonæ suę expresione stipuletur uten-
di fruendiq; jus, profitetur ICtus &
valere stipulationem, & eandem de
vsufructu esse. Itaq; non absimili ra-
tione concludendum fuerit, concesii-
onem sub nomine juris alioqui suapte
natura prædialis factam importare
servitutem prędialem, quãtumvis o-
missa fuerit prædij dominantis ex-
pressio. Cumq; ex parte eius, cui servi-
tus acquiri debet, expresiio non sit
pręcise necessaria ad præsumẽdã ser-
vitutis concesiionẽ, vtiq; nec ex par-
te alterius, in quo servitus constitui-
tur, quippe correlati, præcise requi-
retur, *arg. l. ult. C. de indic. vid. toll. cum
simil.* Quod autem Iason arbitratur,
jus alioqui suapte natura reale sine
prædij nuncupatione concessum esse
facti mere personalis executivum, id
nec ratione nec lege probat, cum *in
l. penult. ff. de seru. rust. & in d. l. stip. ista, §.
si quis ita*, quas allegat, stipulatio siue
concesio sub juris nomine concepta
non reperiatur: quin potius *ex d. §. si
quis ita, vers. sed etsi*, contrarium elicia-
tur, *& in d. l. Lucius, penult.* fundi nun-
cupatio facta sit, ac propter sequen-
tia modo verba, *siue quocunq. tandem
volueris*, non censeatur esse concessa
servitus prædialis: Ideo non aliter ist-
hæc eius assertio potest sustineri, quã
cum in facti modo consequentiam
fit juris mentio, siue cum ex verbis
concesiionis aut aliunde sufficienter
constat, factum solummodò fuisse
in obligationem deductum, pro cuius
exercitio personale tantum jus obli-
gationis in personã concedentis vel
hæredum eius quæsitum sit ei, cui fa-
cta fuit concesio: quod rectè, nec im-
merito perhiberi potest executiuum
meri facti principaliter in obligationẽ
deducti, cui exercendo siue ad effectũ
deducendo jus huiusmodi deservit,
*per ea quæ notantur & habentur in l. 2. §.
item si in facto, & in l. si sic, ff. de ver. ob-
lig.* Porro † ex dictis id pariter elucescit, 7
cit, extensioni nostræ ita demum fo-
re locũ, si ex his, quæ antecedunt aut
subsequuntur ipsam concesiionem,
aut aliunde satis appareat, in quo prę-
dio concessam esse servitutem, sive
cui prædio quæsitam voluerit con-
cedens, puta, si ante concesionem
partes egerint, vt in hoc aut illo fun-
do, vel ad huius aut illius prædij cõ-
modum concedatur, postea sine
mentione prædij dominantis vel ser-
vientis concesiio fiat simpliciter:
vel etiam is, cui fit concesio, præ-
dium habeat vicinum, cuius ad vti-
litatem fieri posiit, quod in conce-
dentis prædio vicino permissum fu-
it, *Fr. Aretin. in d. l. si sic num. 6.*
Secus quando aliunde liquido non
apparet de prædio, in quo siue cui
jus competere contrahentes sive
disponentes voluerint: Namq; cum
hic & leges pro comprobatione am-
pliationis adductę essent, quippe qui-
bus de vtroque prædio constare non
obscure supponitur, nec rationes
modo assignatæ aliter procedant,
quam si cui vel in quo prædio com-
petere debeat servitus, appareat, de-
niq; propter incertitudinem consta-
re nequeat; de quo prædio senserint;
vt non

vt non magis in hoc, quam illo fundo, nec magis huic prædio, quam illi concessa dici posit: utiq; propter defectum certi sive determinati prędij, concessio sub nomine juris concepta, servitutē importare minime poterit, *l. duo sunt, ff. de testament. tut. l. si quis de plurib. ff. de reb. duob. cum simil.* Ne tamē illa concessio frustratoria fiat, quā testator sive contrahentes omni modo valere voluerunt, cæteris partib. censebitur servitus personæ quæsita, vel factum fuisse promissum, nomenque juris vsurpatum pro executiuo meri facti, hoc est, pro obligatione personali ad factum alicubi permittendum competente: & sic in proposito sustineri poterit sententia Iasonis *in d. l. apud Julian. §. si quis alicui, n. 15. ff. de lega. 1.* cum in ambiguis benignior interpretatio proferenda sit & adhibenda, *l. semper in dubio, l. capienda, ff. de reg. jur.* & unaquæq; dispositio semper ita sit accipienda, vt valeat potius, quam pereat, *l. quoties, 58. ff. de verbor. oblig. l. ubi est verbor. ff. de reb. dub. l. cogi, in fi. pr. ff. ad Trebell. c. abbate, de verb. signif. Alciat. regul. 3. præsumt. 34.* ac si maxime non subsistat, prout agitur sive concepta est, tamen eo modo sustineatur, quo valere potest, *l. si tam angusti, ubi Dd. maxime Coras. nu. 3. ff. de servit. l. si vnus §. si acceptilatio, ff. de pact. cum sim. Dd. in l. 1. §. si quis ita, ff. de verb. oblig.*

8 Quinto † ampliari potest: Nam si concessio juris non posit inducere servitutem prædialem ob dominantis prædij defectum, puta, si liquido pateat, disponentem prædio nec quicquam concedere voluisse: nihilominus pręsumendum videtur, concessam esse servitutem personæ, quę sub vsu scilicet, vel vsufructu contineatur, dummodo certum sit prædium, in quo competere vel exerceri jus debeat, *Capolla de seru. vrb. præd. c. 2. nu. 9.* Probatur dilucide *per l. pen. ff. de servit. lega.* vbi pater filiæ domū vicinam, jusq; transeundi per domos hæreditarias legarat: præsumebatur affectu filiæ potius esse jus transeundi legatum, quam domui viam per domos hæreditarias concessam, eoque casus extensionis nostræ illis in terminis videtur esse propositus: Decidit ICtus, plenum quidem servitutis, nempe prædialis legatum intelligi vix posse, tamen vsum transeundi filiæ datum videri: Vsum vero personæ servitutem esse, cum a servitute prædiali, cum a nuda obligatione personæ quam maxime distinctam, non ambigitur, *l. usus aquæ, & t. t. ff. de usu & hab.* In eandem sententiam *tex. in l. Lucius, ff. de servit. rust.* vbi non tantum asserit ICtus, cōcessum aquæ digitum esse de vsu aquæ personali accipiendum, sed & eum, cui facta concessio, inde vsuarium perhibet, scilicet, quo minus dubitetur, eum de vera personæ servitute loqui. Textus evidentior *in l. veluti, ff. de servit. rust.* quo proponitur, concessum esse jus in alieni habēdi figulinas, in quibus vasa venalia fiant: quod etsi nequeat vicino competere fundo, quippe concessum vltrá, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus, est, *l. ergo, ff. de servit. rust.* non tamen ideo merum solummodo factum, quatumvis toties, quoties facienti libuerit, permittendum, sed ipsum potius vsumfructum in obligationem esse deductum, ICtus illic profitetur. Deniq; cum sit sup. exercit. 6. lim. 2. pluribus ostensum, nihil obstare, quo minus jura agendi habendive quidpiam in alieno, quæ si prædium dominans non deesset, servitutes prædiales forent, personarum servitutes esse possint: Verba vero concessionis jus designantia, servitutem esse concessam arguant, secundum regulam nostrā: vel hinc evidenter colligitur, tali cōcessione promissam sive relictam videri servitutem personæ, quando ex defectu prædij dominantis interveniente liquet, servitutem prædialem non esse concessam. Adde quod cum prædium, cui servitus acquiratur, deest, saltem id requisitum abesse dignoscatur, quod efficit, vt servi

servitus tam sit, quam præsumatur prædialis. *l. 1. ff. de seru. cum sim.* Hoc vero defectu suo non plus labefactare vel infirmare potis est, quam interventu suo constitueret. *arg. l. si tam angusti, ff de seru. juncta l. nihil tam naturale, & ibi not. per Dd. ff. de regul. jur.* cum jura nostra longe magis constitutioni vel conservationi cuiusq; rei vel actus favere consueverint, quam destructioni, *per l. quoties in stip. ff. de verb. oblig. l. ubi est verborum, ff. de rebus dub. cum concor.*

9 Ampl. 6. † ut concessio facta sub nomine juris eius, quod utilitatem prædij concernere, eiusq; caussam meliorem facere consuevit, potius de servitute, quæ sit ab utraq; parte realis, hoc est, prædiali, sit interpretanda, quam de servitute in personam, *l. pecoris ubi not. per Dd. & l. veluti, ff. de seru. rust. Franc. Are. in l. si sic, n. 6. ff. de verb. obl. Dec. cons. 262. n. 2. v. secunda videtur, VVes. in parat. ad t. ff. de seru. rust. nu. 3.* Tum, quod huiusmodi jura sui natura servitutes prædiales esse soleant, *l. 1. & 2. ff. de seru. urb. l. 1. & 2. ff. de seru. rust. Men. de retin. poss. remed. 6. n. 40.* Natura vero semper attendenda magis & præsumenda; quam quod ex accidenti quandoq; fieri potest, *l. qui habet, ff. de*
11 *tutel. l. si quis, in pr. ubi Dd. maxime Cast. n. ff. de liber. & post.* Tum, quo fundo comoditatem præstare principaliter illa videantur, cũ efficiant, ut prędium domino suo luculentiorem usum exhibeat: Iam, quod prædij caussam meliorem facit, id prædio potius, quam personę quæsitum jure merito censeatur, *d. l. veluti, vers. quid ergo.* Tum, quia vix dubium, quin longe frequẽtius, moreq; magis usitato jura utilitatem vicini prædij concernentia, potius ipsi prædio, quam personę modo concedantur: ut proinde si maxime non alias appareat, concessione sub nomine juris facta, personæ fuerit anne prędio concessa servitus, tamen ut ob hanc rationem, de prædiali potius actum intelligatur, quando quidem in obscuris id inspiciendum, quod plerumq; fieri solet, *l. si quis utatur, n. 24. ff. de usuf. l. quod si nolit, ff. quic asi. lua, ff. de adil. edic. l. & in contraria, ff. de usur. l. si prius, §. 1. ff. de aqu. plu. arc. l. semper in obscuris, ff. de reg. jur. Fa. not. per Dec. in l. semper in st. pul. 29. n. 7. & seqq. ff. de reg. jur.*

Ampl. 7. † ut ex concessione facta sub nomine juris, quod utilitatẽ prædij respicit, servitus ab utraq; parte realis præsumatur, etiamsi fuerit actum, ne ad fundi successores transeat, *gl. in l. pecoris, ubi Bart. Bald. Angel. Cast. & alij, ff. de seru. rust. gl. in l. Mela, §. fin. ubi Bart. & Dd. ff. de alim. legat. Cæpolla de seruit. urb. c. 2. numer. 7. dicens hanc esse veritatem, & de seru. rust. c. 4. n. 2. & 3. dicens istam tot. glossat. opin. Dd.* cõmuniter *sequi, Franc. Aret. in l. si sic. nu. 6. ff. de verb. obl. Jas. in §. eque, n. 18. inst. de act. Menoch. de retin. poss. remed. 6. nu. 30. Ruin. cons. 41. n. 35. in fi. lib. 1.* Quod enim servitutem prædialem non modo non impedit oriri, sed & adiectum eius concessioni sustinetur autoritate legum nostrarum, ex eo certe nequit firmiter inferri, concessionem non esse juris ab utraq; parte realis. Pacto vero de servitute successoribus fundi minime præstanda, cum ad id usque tempus; quo præsens dominus vel quasi dominus fundum possidebit, servitutem non ipso quidem jure, sed exceptionis ope restringat, tantum abest ortum servitutis realis impediri, ut illud eius concessioni appositum legum autoritate comprobetur, *l. servitutes ipso, ubi not. per Dd. ff. de seruit. & in l. cum qui ita, §. qui ita. vers. nam & heres, ff. de verb. oblig.* Non igitur ex pacto, ne servitus fundi successorem transeat, servitus personæ modo, non prædio concessa censeri poterit. Suffragatur *l. pecoris, ff. de seru. rust.* qua jus pecoris pascendi concessum, simpliciter perhibetur esse prædij servitus. Eam generalem decisionem ibi non aliter ICtus limitat, nisi quod servitus pecoris pascendi, quando conceditur cum restrictione ad personam possidentis, nõ sit heredi possessoris vel emtori pręstanda.

Pro-

Proinde cum juri vtilitatem prædij concernenti, quod perpetuo, vel novis fundi successoribus præstandū non est, nihil obstet, quo minus sit prædij servitus, fateamur oportet, prædictum jus adhuc prædiale, siue magis prædij esse, quam personæ, secundum præcedentem legis ejusdē generalem decisionem, à qua jus istud, quo ad hoc, ne prædij sit servitus, non reperitur exceptum, *arg. l. quæsitum, §. denig., ubi Bart. ff. de fundo instrum., c. 2. de conjug. lepros.* Quod magis etiam perspicuum ex eo, dum Iureconsultus ait, hæredi vel emtori non eadem præstabitur servitus: quibus utiq; verbis indicat servitutem, de qua loquitur illic, esse talem, quæ foret eadem competitura successori, nisi concedens nominatim cavisset, ne teneretur eam vlterius præstare: quæ vero servitus eadem successoribus fundi competit, eam necesse est esse prædialem, *l. cum fundo, ff. de serv. rust. l. cum fundus, ff. comm. prædior.* quia personæ quæsita servitus vsq; adeo personalis est, vt si maxime convenerint partes, vt etiam successori competat, non tamen eadem sit in persona successoris, sed alia plane diversa, licet eiusdem cum priore generis, *l. stipul. ista, §. sea si quis ats, ubi Dd. ff. de ver. oblig.* Accedit, quod concessio quælibet ita sit intelligenda, vt naturæ ipsius rei, quæ conceditur, minus deroget, *l. damni infecti quidam, in pr. ff. de dam. infec. juncta l. contractus, ff. de reg. jur.* At secundum *gl.* sententiam communiter approbatam proculdubio concessionis ea sit interpretatio, vt quam minimum decedat sive detrahatur naturæ concessi juris, quod cum vtilitatem prædij concernat, si natura est ab vtraq; parte reale, *d. l. pecoris, cum simil.* Quod si requisita servitutis prædialis, cum cætera in proposito subsunt, tum etiam prædium dominans, cuius in vtilitatem redundat, sive id in concessione fuerit expressum, sive non expresse nuncupatum; tum, vt ampl. 4. dictum, prætermissa in succincta servitutis prædialis concessione prædij dominantis ex presso non arguit, concessionem ex parte eius, cui fit concessio, non esse realem: & aliunde, puta ex antecedenti tractatu, sive quia possessori vicini prædij concessio facta, constare de prædio dominante possit: Essentialibus autem requisitis rei concurrentibus proculdubio res ipsa constituitur, quippe cui dant esse, *Coras. lib. 3. miscell. c. 10. num. 1. Zas. lib. 1. sing. respons. c. 12. num. 1. Bologn in l. nemo, num. 3. & seqq. ff. de leg. 1. & in l. sciendum, num. 4. & seqq. ff. de ver. obl.* Cæterum quia servitus prædialis ipso jure constitui non potest ad tempus, quantumvis incertum, lex ista concessioni dicta, ne successoribus præstetur, non quidem extinguit servitutem primo dominantis fundi possessore decedente, cum semel acquisita fundo, transeat ipso jure cum eo ad successorem, *l. cum fundo, ff. de servit. rust.* Suppeditat tamen concedenti sive successoribus ejus exceptionem pacti seu doli, qua repellantur novi possessores contra legem concessionis vendicare servitutem vel vsurpare nitentes, *l. servitutes ipso, ubi Dd. ff. de servit.* Animadvertendum † pariter, etsi prædicta concessionis restrictio, per sese non efficiat, quo minus servitus ab utraq; parte realis concessa statuatur: si tamen alia quæpiam vrgens præsumtio subsit, quæ personæ potius, quam prędio jus esse concessum arguat, pertonę servitus, non prędialis censebitur: Ita sustineri potest quod asserit *VVesenbec. in parat. ff. de servit. rust. num. 3. vers. quod si expressim:* & est *tex. ad hoc not. in l. penult. ff. de serv. lega.* ubi ex affectione, qua testator filiam complectebatur, ea ducitur pręsumtio, qua jus transeundi per domos hereditarias filię legatum, non plenum esse servitutis legatum, sed vsus modo filię datus intelligitur: quodq; ibi non pręsumatur servitus prędialis concessa, non modo notat ibid. expresse *gl.* sed etiam 11

jam demonstrant verba ICti, qui jus illud nominatim devsu filiæ dato, hoc est, servitute personæ, non prædio quæsita, *l. vsus aquæ, ff. de vsu & hab.* interpretatur, atq; adeo nullatenus admittendum censet, ut plenum servitutis legatum, hoc est, servitus ab vtraq; parte realis intelligatur relicta, multo minus ut jus ad hæredes aut fundi successores transitorium statuatur: quod vtriq; ipso jure contingeret, si servitus prædialis suborta intelligeretur, *l. servitutes ipso, ff. de seruit.* Nec obscura diversitatis ratio videtur: Vbi namq; hæc vel similis præsumtio principaliter ipsi personæ jus quæsitum arguens, non subest, ipsa concessi juris alioqui suapte natura realis ad vitam primi posidentis, sive tempus, quo ille posidebit, restrictio, principaliter id saltem ostendit, non amplius præstandam esse servitutem, postquam possessor vita functus, aut posidere delijt: ista vero sese invicem compatiuntur, ut & servitus prædialis concessa sit, & non vltra præfinitum tempus competere debeat, nec altero posito evertitur alterum, *l. servitutes ipso, ff. de seruit.* Quo fit, ut simplex juris huiusmodi ad personam restrictio nec posit nec debeat extendi ad id, quod de necesitate non includit, *l. fin. C. ne vxor. pro mar. Bart. in l. Titium & Mævium, §. altero, ad finem, ubi alleg. concord. ff. de administ. tut. Zas. consil. 5. num. 106. lib. 1. Molin. de vsur. q. 20. num. 205.* Secus in casu *d. l. penult.* sive quovis alio, cui præsumtio non disimilis idem importans subesse dignoscitur: Quamvis enim vtilitatem legatæ domus concernere jus transeundi videatur, præsumtio tamen, quæ ex affectione erga filium ducitur, non id principaliter arguit, cum persona filiæ legatum intercidere oportere, sed vsum filiæ datum esse, sive quicquid juris concessũ, id propter affectionem ipsi filiæ concedentem acquiri sive competere voluisse, *d. l. penult.* Vnde sua sponte, sequitur, alterum illud, ut sublata filiæ persona, quicquid ei juris inerat, simul evanescat, *l. 3. §. morte, ff. quib. mod. vsusfr. amit. l. non solum, §. tale, ff. de liber. leg.* Simul etiam responsio patet ad ea, quæ pro extensione antea dicebantur. Namq; argumenta ex *d. l. seruitutes ipso, & d. l. pecoris*, depromta, huic casui minime congruere posse per se quilibet animadvertit. Quod autem hic naturæ juris concesi plus detrahi videtur, accidit propter evidentem juris præsumtionem, quæ personæ non fundo jus acquisitum esse monstrat, & interpretationi legis casu plane dubio saltem obtinenti prævalet, cumq; constet ex eadem, non tam prędio, quam personæ jus quæsitum, simul præcipuum servitutis prædialis requisitum, nempe fundo competere dominanti, in proposito deesse liquido patet. Nec quis existimet, in effectu pene nihil interesse, fundo sit acquisita servitus per exceptionem doli vel pacti postmodũ elidenda, an personę quęsita, cum ea simul intercidat. Præterquam enim, quod nosse plurimum refert, num vendicanti competat actio, an destitutus actione servitutem vsurpare nihilominus contendat, ut qui servitutem debuit, æstimare posit, quo adversus vsurpantem expediat vti remedio, judexq; sententiam rectius concipere valeat: insuper id etiam propterea fuerit investigandum, quia cum quæsita prædio servitus, non licet vti concesso jure, nisi quatenus ad ipsum prædium est opus, *l. ergo, ff. de seru. rust.* cum è diverso, quando personæ quæsita servitus, nisi constet aliunde, quod ea personæ sub hac restrictione concessa fuerit, quatenus ad certum aliquem fundum indigebit, in dubio tantum intelligatur concessũ, quantum ipsi personæ pro quolibet fundo suo, ad quem vtilitas juris concesi redundare potest, necessarium est, *l. Luc. ff. de seru. rustic. l. 1. l. jus alimentorum, ff. ubi pupill. educ. cum simil. Joan. ab Imol. in l. apud Julian. §. si quis alicui, num. 10. ubi Ias. num. 5. Zas. num. 6. ff. de legat. 1. Alex. consil. 18. num. 3. volum. 5. Ias. in §. æque, num. 18. inst. de action.*

12 Ampl. 8. ut præsumatur servitus ex concessione sub nomine juris concepta sive simpliciter in eam jus deductum fuit, puta, Seio per fundum Cornelianum transeundi jus esto, Mævio calcis coquendæ jus in fundo meo do lego, *l. Proculus, l. quoties duobus, in pr. ff. de usufr.* sive promissio vel dispositio facta sit saltem de jure seu servitute præstanda, puta, si promittam alteri me jus in fundo præstiturum: vel in ultima voluntate disponam, ut servitus aliqua præstetur, *tex. in l. 3. ff. de usufr. l. si testamento, ff. de seru. urb. l. si alij, 19. ibi*, Sejo eiusdem fundi usumfructum hæres dato, *l. generalis, §. 1. & §. idem quæsijt, cum eodem, ff. de usufr. lega. Bart. in l. 1. n. 6. ubi post alios Iason n. 60. & notabiliter Bolognet. n. 290. ff. de lega. 1.* Cuius quidem rei manifesta ratio: quia servitus inter vivos quantumvis simpliciter concessa sit, non nisi per subsequentem quasi traditionem in esse producitur, *l. via, 17. l. quoties via ubi Dd. ff. de seruit. l. si in venditione, ff. com. præd.* quæ quidem traditio cum sit ipsa debitæ servitutis præstatio, utiq; simpliciter concedens servitutem inter vivos, in effectu nihil aliud agit, quam ut ad servitutem pręstandam sese astringat: quod ipsum expresse agit promittens nominatim servitutis pręstationem. In ultima vero voluntate multo minus habetur in consideratione, sit ne simpliciter hoc est, verbis directis jus concessum, an per fideicommissum verbis obliquis, qualia quidem sunt, dari præstari volo, & similia, quæ damnationem sive sinendi modum inducunt, *Vlpia. t. 24. §. per damnationem*, siquidem cum per omnia sint exæquata legatis fideicommissa particularia, *l. 1. ubi Dd. ff. de lega. 1.* præsertim hodie per constitutionem Iustiniani, *l. 1. C. comm. de lega. §. nostra autem, inst. de leg.* verba obliqua jus ipsum sive rem principaliter ac primario relictam concernentia sive respicientia æquipollent in effectu directis, ut non minus per concessionem verbis obliquis factam ipso jure indueatur servitus testamento relicta, quam si verbis directis legata fuisset, *prout clare post gl. tradit Bart. in d. l. 1. n. 6. Iason nu. 60. & 62. dicens cum Bartolo Dd. transire, Bolognet. n. 162. & 290. & 291. ff. de lega. 1.*

13 Ampl. 9. ut servitus concessa statuatur, sive verba juris executiva, hoc est, designantia factum, quo jus concessum exerceri oportet, ad eum cui fit concessio, referantur, puta, si concedatur alteri, jus esse ei, terram, saxa in fundum vicinum jacere, positaq; habere, *l. 3. vers. eodem, ff. de seru. rust.* vel jus, quo in alieno liceat ei pecus pascere, certam eximere, tugurium habere, &c. *l. veluti, l. is qui, ff. de seru. rust.* Sive ad concedentem, eiusve successorem, puta, si mihi concedas, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quærere minuendæ aquæ meæ gratia, *l. quoties nec, ubi Coras. n. 10. ff. de seru.* vel promittas mihi servitutẽ, ne officias domus meæ luminibus, *l. si testamento, ff. de seru. urb.* vel ne altius ædificare tibi liceat, *l. si ædes meæ, ff. de seru. urb.* Prius illud in servitutibus affirmativis, quales rusticæ sunt, *gl. in l. 1. ubi Dd. ff. de seru. urb. Cæpoll. de servit. urb. c. 26. num. 1.* non ullis tamen exceptis, *ut post Floria. notat Coras. in d. l. quoties nec, n. 10.* & urbanarum plurimæ, *gl. & Dd. in d. l. 1. Cæp. lo. rel.* potissimũ obtinet, siquidem ex parte acquirentis eæ consistunt in faciendo, nec nisi facto eius usurpantur, exercentur & expediuntur, *l. quoties via, ff. de seru. l. 2. C. de seru. l. si à te, ff. si seru. vend. l. 2. l. nam satis, l. si partem, cum seqq. ff. quemadm. seru. amit.* nec quicquam ex parte concedentis, pręter patientiam desiderantes, *l. quoties nec, §. servitutũ, juncta d. l. quoties via, ff. de seru. l. etsi forte, §. & Gallus, ff. si seru. vend. l. 3. §. si iter, ff. de act. emt.* Posterius in negativis, quippe cum eæ post concessionẽ nihil ex parte acquirentis exigant, sed ex parte concedentis in nõ faciendo consistant, *d. l. quoties nec, §. seruitum, ubi post alios Duar. ff. de seru. l. si testamento, 30. ff. de seru. urb. l. 1. ff. commu. præd.* Fieri tamen potest, ut in affirmativæ servitutis concessione verba factum servituti necessariũ designantia non ad acquirentem, sed concedentem referantur,

ita

ita quidem, ut id exprimatur, quod ex parte concedentis ad servitutem constituendam vel usurpandam intervenire oportet, puta, si concedas jus, quo pati tenearis aquam duci ad prædium meum, sive tignum è fundo meo parietibus tuis immitti: & vicissim in negativis non ad concedentem, sed acquirentem dirigantur, exprimendo scilicet id; quod ex parte acquirentis circa servitutis usurpationem intervenire potest; puta, si mihi concesseris jus, quo possim prohibere, ne luminibus officiatur, aut prospectui meo: Quibus & similibus casibus servitus nihilominus concessa videtur: Tum, quia sub nomine juris concepta concessio, quam constat importare servitutem secundum regulam initio propositam: Tum per jura pro confirmatione ampliationis adducta, quibus etsi verba servitutis affirmativæ concessioni apposita dirigantur ad acquirentem; negativæ servitutis concessioni adjecta ad concedentem relata reperiantur, quia tamen & illa verborum relatio nonullius gratia restrictionis facta fuit, verum ea modo ratione, quod servituti exprimendæ foret accommodatior, eoq; frequentior, & in principali decisione jura præcitata pulcrè conveniunt; ut peræque servitus intelligatur concessa, sive ad concedentem, sive ad acquirentem verba directa sint: utiq; simul iisdem evincitur, in propositis etiam casibus omnino servitutem concessam videri. Tum, quia verba in concessione servitutis, affirmativæ quidem ad concedentem, negativæ autem ad acquirentem relata, supponimus, id saltem denotare, quod ex parte concedentis ad servitutem affirmativam constituendam vel usurpandam exigitur, quodq; ex parte acquirentis non nisi circa negativæ servitutis usurpationem intervenire potest: Hoc ipsum vero non minus arguit servitutem esse concessam, quam si relatis ad alterum verbis, quod cum circa servitutis usurpationem facere, vel circa servitutis præstationem non facere oportet, concessum fuisset, quandoquidem patientia concedentes, & usurpatio acquirentis invicem correspondent, *l. si ego, §. 1. ff. de public. l. 3. §. 1. ff. de usufr. l. quoties via, ff. de servit. l. potest, ff. commu. prædio. l. 3. §. si iter, ff. de act. emt.* prout etiam factum concedentis negativum, & acquirentis prohibitio, de non faciendo, *l. etsi forte, §. secundum, ff. si servit. vend. cum simil.* Tum, quia verba in concessione servitutis affirmativæ ad concedentem, vel negativæ ad acquirentem dirigi vix possint, si de jure sive genere servitutis concesso constare debeat, nisi simul exprimatur, saltem impersonaliter, quod alterum facere vel non facere oportet: Namq; patientia vel prohibitio, cum sit generalis ad plures servitutes, per sese minime potis est, certam servitutis speciem denotare, nisi facto vel non facto concessæ servituti necessario restringatur, *l. si ego, §. 1. ff. de Public. l. 3. §. aare, ff. de usufr. l. 3. § si iter, ff. de act. emti; l. loci corpus, §. competit, ff. si servitut. vend. cum similib.* Quoties autem in concessione juris exprimitur, licet impersonaliter, quod alterum facere vel non facere oportet; procul dubio servitus concessa intelligitur, *l. jus cloacæ, ff. de servit. l. 1. & 2. l. ædificio; l. inter servitutes, ff. de servit. urb. l. 2 & 3. ff. de servit. rustic. & simil.* Verum isthæc † quidem consideratio hactenus omnimodo locum 14 habet, quando verba factum servituti necessarium designantia, sic in concessione juris alioqui servitutem affirmativam importantis referuntur ad concedentem, ut id exprimant, quod ex parte concedentis ad servitutem constituendam vel usurpandam intervenire oportet: Secus esse videtur, quando illa verba sic ad concedentem diriguntur, ut per eum fieri debere demonstrent, quod alioqui, si vera competeret servitus, acquirenti per semetipsum facere liceret; prout ijs in juribus usuvenit, quibus aliquam rem corporalem, quæ sibi vel fundo suo sit utilis, ex alieno

percipere licet, puta, si mihi concedas jus, quo præstare tenearis e fũdo tuo arenam, calcem, lapides, cretam, &c. Tali namque casu, quantumvis in concessione nomen juris vsurpatum fuerit, servitus tamen in dubio concessa minime videbitur, *gl. in l. si quis ita, ubi Bald. Castr. & cæteri, ff. de vsufr. gl. in l. Cajus, ff. de ann. lega. & in l. fundi, ff. de vsufr. legat. vtrobiq. Bartol. Idem in l. totem, §. qui maximos, numer. 9. ff. de public. & vec. & in l. si sub una, §. si quis, num. 4. ubi Joan. ab Imol. numer. 1. ff. de verbor. obligat. Castrens. in l. ut pomum, num. 3. ubi Corasius num. 12. ff. de servit. Fulgosius in l. pecoris, num. 5. ff. de servit. rustic. Corn. consil. 188. num. 2. lib. 4. Menoch. de præsumt. lib. 4. tom. 2. præsumt. 136. num. 3. Donell. lib. 9. commun. de jure civil. c. 21. vers. huic simile, & lib. 10. c. 5. vers. sed & nob. in loc. cit:* & quidem per *l. fin. §. Lucius, ff. de contrah. emt. l. Caius, ff. de ann. lega. l. patrimonij, l. fundi, ff. de vsufruct. legs.* quibus etsi non recenseantur concessiones, quæ sint expresse factæ sub nomine juris, nihilominus tamen apprime suffragantur huic sententiæ: Namque concessiones illæ propterea modo servitutes nec in rem, nec in personam illic importare censentur, quod ad concedentem sive successores eius verba factum significantia relata fuerint, *Dd. plerig. loc. cit.* Idq; vel hinc manifestum, quia cessante hac caussa, quando scilicet huiusmodi verba non ad concedentem sive successores eius, sed acquirentem referuntur, eiq; potestatem ex alieno quidpiam sumendi tribuere dignoscuntur, servitus omnino concessa censetur, quantumvis non juris, sed rei modo ex alieno percipiendæ mentio facta fuerit, *l. si quis ita, ubi gl. & Dd. ff. de vsufr. l. cum ita, ff. de vsufr. lega.* Illa vero, quam dixi, ratio tum non minus subest, quando sub nomine juris concessio facta, quam vbi juris expressio fuit omissa, ut proinde *d. l. fin. §. Lucius, & con ord.* vtrobiq; pariter obtineant, prout etiam generaliter eas accipiunt, Dd. *lo. præcit.* Quin vel ex eo maxime probatur, quia servitutes affirmativæ nihil aliud quam jura sunt, quibus in alieno propria quid autoritate licet acquirenti facere, *l. 1. ff. de vsufr. l. 1. in princ. ff. quando dies vsusfr. legati, l. 3. cum seqq. ff. de servit. rusticor. l. refectionis, ff. commun. præd. l. 1. §. ultim. ff. de aq. plu. arc.* cum in suo, quod facit dominus, non vllius jure servitutis, *l. in re communi, ff. de servitut. vrb.* sed ratione dominij sibi competentis faciat, *l. in re mandata, C. de mand.* Sed in proposito nihil ipse, cui fit concessio, facere potest in alieno, nihil ex alterius fundo sumere, sed totum hoc, quicquid inde percipere debet, à domini quasi manu accipere tenetur: Vnde liquido conspicitur, nil juris in fundo concessum, sed concedentem vel hæredes eius solummodo personaliter obstringi ad præstandum, quod ex fundo percipiunt, *l. venditur, ff. commu. præd. d. l. fin. § Lucius, ff. de contr. emt.* Iam vero non ea servitutum natura, ut quis in suo faciat, sive alteri præstet, facto suo, quod ei prosit, sed ut patientiam præstet, nec alterum vti concesso jure impediat, *l. quoties nec, §. servitutum, ff. de servitutib. l. etsi forte, §. & Galius, ff. si serv. vend. l. potest, ff. commu. præd. l. 3. § si iter, ff. de act. emti, l. 2. §. 1. & §. apud Namusam, ff. de aqu. plu. arc.* cum tamen casu nostro concedens sive successores eius pati necquicquam debeant, saltem ad dandum quidpiam, quod ex suo desumant, obligentur. Sed & præjudicium, quod inde longe maximum suboriretur, cumprimis efficit, ne servitus vlla tali casu concessa præsumatur. Non enim rei suæ modo libertatem sive jus imminueret, alterius adaugeret concessa servitute, *l. de pupillo, §. Sextus, ff. de novi oper. nunc.* verum insuper tam sibi, quam cuique successori rei servientis, onus gravissimum imponeret emolumentorum è fundo non absque labore sumtuque producendorum atque colligendorum, quæ sit alteri præstiturus, nullum inde nec rei suæ, nec laboris commodum consecuturus.

Prout

prout verba videntur importare, ex parte concedentis præstationem corporalis alicuius emolumenti requirentia: Quod cum voluisse concedentem, verisimile non sit, plane admittamus oportet, concesſione ſub nomine juris concepta tali caſu, non jus vllum ſervitutis relictum ſive promiſſum videri, ſed jus modo perſonalis obligationis, qua concedens eiusve hæres ad rem quampiam corporalem è fundo præſtandam ſit aſtrinctus: Semper enim id præferendum, quod voluntati diſponentis magis conſentaneum, *l. in conditionib. l. pater Severinam, ff. de condit. & demō.* quodq; ſit veriſimilius eo quod alioqui ex verbis in dubio elicitur, *c. inſpicimus, ubi Dyn. & alij, de regul. jur. in 6. l. in obſcuris, 114. ff. de regul. jur. Fac. l. benignius, ff. de legib. & l. ſemper in dub. ff. de regul. jur.* Nec obſtat, quod in legatis diſcrimen inter verba legatæ rei dominium ipſo jure transferri denotantia, & hæredi tranſlationem injungentia diſcrimen hodie ſit conſtitutione Iuſtiniani ſublatum, *l. 1. & 2. C. commun. de legat. §. noſtra autem, inſtit. de legat.* quia ſuſtulit illud Imper. quando legatæ rei adijciuntur, adeoque diverſa legati genera conſtituunt, *ut ex d. l. 1. & 2.* perſpicuum: cum tamen in propoſito verba non ad jus, quod conceditur, ſive legata relinquitur, ſed ad ea modò, quæ vigore conceſsi juris ex alieno percipienda vel habenda ſunt, referantur.

15 Decimò ampl. ut ſervitus conceſſa cenſeatur, etiamſi non juris expreſſe mentio ſit facta, ſed rei corporalis, quæ jure ſervitutis alioqui competere ſolita, ex alieno fundo percipiendæ vel habendæ vigore conceſſionis, *text. ad hoc clarus, in l. ſi quis ita, ff. de vſufr. l. Lucius, ff. de ſeruit. ruſtic. l. ſi ſic conſtituta, ff. quemadmod. ſeruit. amit. l. cum ita, ff. de vſufr. legat.* Quod ita ſcilicet admittendum, ſi res illa principaliter in conceſsionem deducta ſit, non factum, cuius in conſequentiam nonnunquam venit & exprimitur, *l. apud Julian. §. ſi quis alicui, ubi not. per Dd. ff. de legat. 1.* & verba conceſsionis talia ſint, qualia quidem in allegatis textibus vſurpata reperiuntur, vel ijs evidentiora, quæ tribuere dignoſcantur ei, cui ſit conceſsio, poteſtatem autoritate propria ſuaq; velûti manu deſumendi ex alieno fundo emolumentum illud corporale, *gl. in d. l. ſi quis ita, quam ſequuntur ibi Dd. Caſtr. in l. ſi quis binas, num. 3. ff. de vſufr. Coraſ. poſt alios in l. ut pomum, num. 12. ff. de ſeruit. Tradit idem in effectu Cæpoll. de ſeruit. urb. c. 2. num. 12. Alex. conſil. 214. num. 1. lib. 6. Ruin. conſil. 4. num. 12. lib. 3. Menoch. conſil. 330. num. 8. lib. 4. & de præſumt. lib. 4. tom. 2. præſumt. 136. nu. 2. Franc. Connan. lib. 4. c. 3. num. 4. & 5. Iacobus Tomingius q. 17. num. 4. Pacius ἐναντιοφ. cent. 3. q. 31. at præ cæteris egregie Donell. lib. 10. c. 5. verſ. inde dubitatum.* Et rectè quidem: Licet enim emolumentum corporale & ſervitus, quippe tota in jure conſiſtens, quam maxime invicem quoad eſſentiam diſcrepent, *l. vacca, 43. ff. de euict. l. 1. §. quædam præterea, ff. de rer. diuiſ.* eoq; ſit alia corporis, alia juris incorporalis promiſsio, ut hæc ex illa per ſeſe nec elici, nec inferri queat, *arg. l. ſi maritus quondam, C. de don. inter vir. & vx. l. Papin. exuli, ff. de minor.* Verba tamen in propoſito, non tam factum, quam corporeum commodum jure ſervitutis alioqui competere ſolitum in conceſsionem deductum eſſe commonſtrantia, atq; adeo poteſtatem directò ſive immediate illud ex alieno conſequendi importantia abunde oſtendunt, eam fuiſſe diſponentis mentem, ut potius ipſum jus incorporale, ſive ſervitutem, quam corpora ſolum, tribuere voluerit, *d. l. cum ita.* Quod vel eo magis etiam apparet ex contrario, cum verba in emolumenti corporalis ex alieno percipiendi conceſsione vſurpata non ſunt eiuſmodi, quæ poteſtatem directo vel immediate quid ex alieno deſumendi ſive acquirendi importare queant: Eo namq; caſu non ſervitus vlla, ſed rei corporalis exoluendæ ſæpius obligatio perſonalis oriri ſaltem creditur, *l. fin. §. Lucius.*

Lucius, ff. de contrah. emt. l. Cajus, ff. de ann. lega. l. patrimonij, l. fundi, ff. de vsufr. lega. propterea scilicet, quia cum ex verbis concessionis non appareat ei, cui fit concessio, tributam esse facultatem ex alieno sumendi corporale commodum, quæ facultas in dubio concessæ servitutis nota esse consuevit, *l. 1. ff. de vsufr. l. quoties nec in fin. ff. de servit. l. si mihi eodem, ff. de servit. rust. l. venditor, §. si constat, ff. commun. præd. l. 1. in pr. ff. quando dies vsufr. leg.* nan tantum deficit id, ex quo conijcere liecbat, eam fuisse mentem disponentis, ut servitutem concessam esse voluerit, sed & necesse est, penes dominum fundi, hoc est, concedentem sive successores eius illam facultatem remanere: proinde quia de mente non aliter constat, à verbis id arguentibus atq; denotantibus, in concessionem sive obligationem deductam esse rem corporalem à concedente vel eius successore præstandam, recedere minime licet. Quod si verba concessionis significantia, præstandum sive daudum esse corporale commodum, quod jure servitutis aliquando competere consuevit, efficiunt, ne servitus concessa statuatur: etiam verba concessionis significantia, non præstandum sive dandum, sed immediate sive directò sumendum esse, cum primis indicio nobis esse debebunt, servitutem concessam esse, siquidem côtrariorum ut est contraria ratio, sic etiam dispositio vel effectus eorum contrarius, *l. qui accusare, ff. de accusat. & in pr. inst. de his qui sui vel alien. jur. & princ. instit. de tutel. Euerh. in loc. à contrar. nu. 7.* & propositum in proposito solet operari, quod oppositum in opposito, *l. ult. §. ult. ff. de legat. 3. l. eis contra, ff. de vulg. & pup. l. penult. C. de solut. Dd. ad rub. ff. de acquir. poss. Hip. Riminal. in pr. num. 2. instit. per quas perso. nobis acquir.* Accedit tertiò, quod ista verborum distinctione rejecta vix haberi posset commoda conciliatio *d. l. si quis ita, ff de vsufr. & l. cum ita, ff. de vsufr. legat.* cum *l. fundi, ff. d. t. de vsufr. legat.* siquidem in singulis formulæ concessionis nominatim referuntur, in quibus diversitas ea modo reperitur, quod in prioribus *fructus*, in *d. l. fundi*, *reditus* exprimuntur: in illis epitheton *annuos* adijcitur, cuius loco in hac verba *quoad vivat* leguntur: Illic denique testator *do lego* dixit, hîc *dari volo*. Reditus † inter & fructus etsi subtilem constituat differentiam post *Connanum lib. 4. c. 3. numer. 5. Cuiacius in paratit. ff. de vsufruct. legat.* ut nomine reditus propriè significentur pensiones, quæ ex locatione rediguntur, fructus ij sint, qui naturaliter ex re proveniunt: tamen ab eis structa illa redituum acceptio rite non ostenditur: quam proinde reijcit, *Tiraquell. de retr. gentil. §. 1. gloss. 6. num. 1.* & in proposito reditum a fructu non differre nominatim docuit *Donell. lib. 10. c. 5.* Nam quod *in d. l. fundi*, postmodum ICtus meminit summæ, quæ vivo adhuc patrefamiliâs ex locatione fundi redigi consueverat, contextus ipse docet ea ratione factum, ut appareret, alienatorem in casu *d. l. fundi*, paratum fuisse, legatario, quoad vivet, præstare congruam seu consuetam fructuum sive redituum æstimationem: Hanc enim nisi obtulisset, agere contra hæredem sibi personaliter obligatum haud potuisset legataria, *l. si binarum, ff. de servit. urb. l. si in venditione, l. venditor, in princip. ff. commun. prædior.* ut citra divinationem inferre minime liceat, pensiones illic fundi locati saltem fuisse legatas. Quin eo ipso ICtus non obscure indicat, quantitatem ex locatione fundi redigi solitam, non esse ipsos fundi reditus, quibus illa succedit, & ratione valoris & æstimationis in effectu congruit. Alioqui si nomine reditus eam proprie venire dixerimus, frustra quæret ICtus, an pensionem solitam offerre possit, quoniam offerendo illam, reditus exhiberet legatos: Sed æstimatione justa cogitur esse contenta mulier, quia fundi in quo servitutis jus ei nullum constitutum, alienationem domino prohibere

bere minime poteſt. Plane nomen ipſum reditus, latiorem vocis acceptionem prodit eſſe propriam, ſtrictam reſpuit: Reditus enim à redeundo nuncupari, quod ex re proveniant identidem, nec ſemel aut bis tantum, ſed ſæpius & crebrius inde percipiantur & renaſcantur, ut poſt alios egregie *Tiraquell. notat de retr. conſang. §. 1. gl. 6. num. 1.* id quod fructibus omnibus eſt commune, *l. divortio, §. ſi vir, ff. ſolut. matrim. Dd. in §. ſi quis a non dom. & §. in pecudum, inſt. de rer. diviſ. Connan. lib. 4. commun. juris civ. c. 1. Loriot. in apicib. t. de fructib. axio. 1. Duaren. ad t. ff. de vſur. ſub rubr. de acceſſor. verſic. fructus tamen. Copus de fructib. lib. 1. t. 1. c. 4. Donell. lib. 10. comm. de jure civil. c. 8.* ac reditus fundi nihil aliud quam fructus eſſe, manifeſtum ex *l. vſufruct. 7. ff. de vſufruct. l. quædam prædia, l. qui fructus, ff. de vſufruct. leg. t. l. fragem, ff. de verbor. ſignificat. Don... loc. relat.* Quod ſi communem loquendi vſum, ex quo in vltimis præſertim voluntatibus nomina exaudiri ſive dijudicari debent, *l. Labeo, §. Servius, verſ. non enim, ff. de ſupell. lega. l. libror. §. quod tamen Caſſ. ff. de lega. 3. Phil. Fran. in c. quam ſit, §. 1. de elect. in 6. & in c. cupientes, d. t. in 6. Dec. conſ. 146. & conſil. 540. Stepha. Bertrand. conſ. 180. viſis, n. 2. li. 4.* quive propriæ ſignificationi prævalet, per ea, quæ in hanc ſententiam pulcre congeſſit *Euerh. in loc. ab opin. vulgi, n. 2. & ſeqq.* attendamus, non diſtinguit ille fructus & reditus, ſed promiſcue uſurpat, ut præter leges modo adductas luculenter conſtat ex jurib. & Dd. allegatis à *Tiraq. d. §. 1. gl. 6. n. 1.* ut Conna. ipſe fateatur, fructus & reditus, ut plurimum eadē ſignificatione appellari, *d. lib. 4. c. 3. n. 5.* Ac ſi maxime admitteremus reditu proprie penſionem ex locatione fundi redactam deſignari, non erit impedimento, quo minus præſumendum ſit, ſervitutē eſſe conceſſam: cum nihilominus emolumentum corporale ſit, quod ex fundo vel eius occaſione percipitur, & vſusfructus conſiſtat, etiamſi fructuarius alteri fundum locarit, *l. arborib. §. vſufructuarius, ff. de vſufruct. § 1. inſtit. de vſu & hab.* Quod epitheton *annuos* attinet, opinatur quidem *Pacius ἐναντ. cent. 3. q. 31.* id efficere, ut teſtator videatur reliquiſſe vſumfructum, ſumto argumento ab effectu ad cauſſam, quia vſusfructus eſt cauſſa, propter quam fructuarius annuos fructus percipere poteſt. Sed ſi vocis illius vlla foret hac in parte vis, legato potius annuo, quippe quod inde nomen habet, quā vſusfructui quadraret. Adjicitur eadem fructibus præſtandis *in d. l. ult. §. Lucius, ff. de contr. emt. & in l. Cajus, ff. de ann. lega.* & nihilominus ſervitus conceſſa negatur. Nec à cauſſa licet hic argumentum petere, cum non minus annuum legatum fructuum, cauſſa ſit, propter quam legatarius annuos fructus percipere poſsit. Sed & vſusfructus in cauſſa, ut fructuarius, quo ad vivit, fundi reditus adipiſcatur, ut ſi valeret illud, ex eo liceret æque colligere præſumtionem vſusfructus circa formulam conceſsionis *d. l. fundi.* Reſtat † igitur, ut ideo deciſio 17
d. l. fundi, diſcrepet a reſponſo *d. l. ſi quis ita, & d. l. cum ita*, quod in his verba *do lego* teſtator vſurparit, quæ propria ſui ſignificatione directo quid & immediate legatario tribuunt, *Ulp. tit. 24. de legat. §. per vindic. Cajus lib. 2. inſt. t. 5. de legat. in pr. Theoph. in paraphr. inſtit. t. de legat §. & ante omnia.* in illa *dari volo*, quæ propria ſui ſignificatione denotant ab altero demum, ſcilicet ſucceſſore defuncti transferendum eſſe dominium in legatarium, *§. ſic itaque, inſtit. de action.* Quæ conciliatio ſive ſententia frequentius ab interpretibus approbata erit eo clarior, ſi difficultates, quibus vrgeri videtur, ei non obeſſe docuerimus. Primum obſtare videtur, quod ſolennitas huiuſmodi verborum, quæ diverſitatē in legatis olim inducebant, conſtitutionibus principum penitus ſublata ſit, *l. 1. 2. C. commun. de lega. §. 1. inſt. de lega.* Sed ſi principis, uti par eſt, intentionem intueamur, nihil hic adductæ conciliationi contrarium erit.

Voluit Imp. diversitatem in rei legatæ sive per fideicommissum relictæ adeptione ex verborum solennium scrupulosa varietate subtiliter extructam abolere, & eandem omnibus legatis & fideicommissis particularibus naturam attribuere, ut ipso jure dominium rei legatæ sive per fideicommissum relictæ transferatur ad legatarium, reiq; vendicatio competat, quibuscunq; tandem verbis testator usus fuerit, *d. l. 1. & 2. C. com. de legat.* At in conciliatione, quam sequimur, & legibus, quibus ipsa accommodatur, non id agitur, ut in adeptione sive acquisitione relicti quæpiam diversitas constituatur: sed supposito, quod legatum seu fideicommissum particulare competat, quodq; sit eadem utriusq; natura, super eo saltem disceptatur, quodnam relictum censeri debeat, verum corporale saltem commodum, cuius testator meminit, an servitus potius sive jus incorporale in alieno concessum intelligatur. Isthæc disceptatio cum nil habeat commune cum intentione atq; dispositione Imperatoris, quid mirum, si quæ in hac per Imperatorem quo ad effectum sublata fuit verborum discrepantia, in illa etiamnum attendatur, ac separatorum separata ratio statuatur, *l. fin. ff. de calum. l. si maritus, C. de don. inter vir. & ux. l. Papin. exuli, ff. de minor.* nec dispositio principis ultra intentionem eius extendatur, *l. si ego, l. non omnis, ff. si cert. petit. cum simil.* cum præsertim alias etiam lex non disponat, nisi de quo in ea principaliter agitur, cætera legibus alijs determinanda relinquat, *l. furiosum, C. qui testam. fac. poss. l. qui testamento, ubi novissime Dauth. ad verba, si nihil aliud, ff. de testam.* Iam vero, cum ante quàm confectæ essent Pandectæ Imperator *d. l. 1. & 2.* promulgarit, si per illas in proposito quoque discrepantiam verborum, quam ponderamus, tollere quo ad effectum voluisset, utiq; sæpius citata veterum responsa, decisiones diversas propter illam verborum differentiam habentia Pandectis non inseruisset, *l. 1. C. de jure vet. enucl.* quæ cum nihilominus quasi minime correcta vel immutata recensuerit, adeoque pro legibus observanda proposuerit, simul hinc elucet, Imperatorem in proposito verborum discrepantiæ nō derogare voluisse, cum præsertim quoad eius fieri possit, jura juribus concordanda, & eorum correctio vitanda sit, *c. cum expediat, de elect. in 6.* Deniq; defuncti voluntatem cumprimis conservare & validiorem efficere se voluisse, profitetur Imp. ipse *d. §. 1. inst. de lega. & d. l. 2. C. commun. de lega.* Atqui cum testator emolumentum ex prædio corporale reliquit sub verbis *do lego* Labeo & Iavolenus testantur, hanc videri mentem testatoris esse, ut servitutem concessam voluerit, *d. l. cum ita, ff. de usufr. lega.* quod Scævola negat, cum sub verbis *dari volo*, relinquitur, *d. l. fundi, ff. de usufr. lega.* Non igitur illic mentem testatoris evertet constitutio, multo minus hic efficiet, ut, quod testator datum noluit, intelligatur legatum præter voluntatem: ut non abs re sit ab interpretibus notatum, constitutionem Iustiniani ad ea modo pertinere legata seu fideicommissa, de quibus constat, quidnam testator dari voluerit, quæ Iustinianus quibuscunq; relicta sint verbis, peræquæ confirmat, non ad illa, de quibus circa rem, quam reliquisse testator videatur, ambigitur, ut propter obscuritatem ex verbis directo sive immediate, vel per indirectum sive mediate quidpiam tribuentibus mentem testatoris colligere necesse sit, *Castr. in d. l. si quis ita, ff. de usufr. Donell. lib. 10. c. 5. vers. sed duob.* Secundò † 18
refragari videtur, quia verba *do lego* vel similia designātia testatorē ipsum, quid immediate tribuere, quantumvis ipso jure dominium translatum esse demonstrent, non tamen ea propter facultatem autoritate propria sumendi sibi relictum largiuntur, *l. non est dubium, ubi gl. & Dd. ordinarie, C. de lega.*

de lega.§. 1. ibi, ab herede præstanda, ubi Dd. inst. de lega. Diaz. reg. 407. Anton. Gomez. to. 1. var. resol. c. 12. n. 16. Pet. Greg. in syntag. li. 42. c. 33. n. 13. vt ex ijs firma seruitutis concessæ coniectura duci vix posse videatur. Sed aduertendũ, verbis *do lego*, vel æquipollentib. relatis per Vlpian. *d. t. 24. de legs. § per vendi. bis verbis, & Caium d. t. 5. de legat. §. vendication.* quib. testator per vendicationem legabat, atq; adeo semetipsum dominium trãsferre demonstrabat, remque nondũ esset in rerũ natura, licet futura speraretur, relinqui minime potuisse, prout expresse testatum relinquit *Caius d. t. vers. illæ etiam res, & subscribit Vlp. d. t. 24.* quando sæpius inculcat, rem quæ per vindicationem relinquitur, oportere tempore cum testamenti condi, tum mortis testatoris, vel si pondere, numero mensurave constitat, tempore mortis esse testatoris: Quod ij sa juris inducebat necessitas, siquidem testator semetipsum non spem dominij postmodum ipso jure, cũ res extiterint, consequẽdi, sed ipsam rem dare, quæ tamen nõ extitisse supponitur, eiusq; dominiũ, quo plane destituitur, immediate transferre in alterum, dilucidis verbis ostendit: cum tamen nemo det, quod non habet, nec vllæ sint non entis qualitatis, *l. eius qui, ff. si cert. pet. l. Sempron. Attal ff. de usuf. lega.* nec quisquam plus juris alteri tribuere possit, quam ipsi competere dignoscitur, *l. traditio, ff. de acquir. rer. dom.* eoq; legatarios nec rem postmodum existentẽ vendicare poterat, quippe destitutus dominio, quod a defuncto non erat consecutus, *Caius d. t. r. v. illæ etiam.* Atqui corporalia emolumenta ex alieno quotannis, siue quoties opus erit, habenda, non uno simul eodemq; tẽpore subsistere solent omnia, sed successiue renascuntur, & à reproducuntur; *l. diuortio, §. si vir, ff. solut. matr.* Proinde cum ex verbis *do lego* vel æquipollentibus liquido constaret, testatorem quod reliquit, ipso jure siue immediate in alterũ transferre voluisse, ipsq; non ipsis per sese emolumentis posset accommodari, sed seruituti, qua continentur illa, quaue competente concediq; consueuerunt, *l. 3. ff. de seru. rust.* quamq; sæpissime denotant, *l. si Titio fructus, l. si aly usus, ff. de usufr. l. aqua, l. si communem, §. si is qui, l. aquam, ff. quem. seru. amit. l. Melo, §. ult. ff. de alim. lega.* omnimodo quadraret, atq; conveniret, *l. 2. §. & harum, ff. de verb. obl. l. si partem, §. si per fundum, ff. quem seru. amit.* merito ICti nostri censuerunt, esse legatum huiusmodi perinde accipiendũ, ac si seruitutis expresse miminisset, eamq; fuisse testatoris mentẽ, ut emolument inuncupatione, non tã corpus ipsum, quam seruitutem siue jus incorporale, quo illud percipere liceat, denotare voluerit, *d. l. si quis ita, & d. l. cum ita.* Quamvis autem hodie legato quoq; rei nondum existentis per vindicationem, relicto dominium directo & immediate acquiri videatur, *per d. l. 1. 2. C. com. de lega.* nõ quidem cõtinuò post mortem testatoris aut hæreditatem aditam, sed cum tacita, quę huiusmodi legato ine..., *l. 1. sub fin. ubi Dd. ff. de cond. & demonst.* conditio existit, *per l. 1. §. seru ff. de Stilan. l. si fundum sub, onditione, ff. de lega. 1. Io. Bologn. su l. 1. nu. 279. dicens in hos* omnes conuenire *ff. de lega. 1.* quia tamen Imperator legatis jure veteri dominium non immediate tribuenrib. (e quorũ numero nostrum, de quo loquimur, jam olim fuit exemtum) saltem constitutione sua subuenit, & quidem contra rationẽ juris ex æquitate, insuper etiam paulo ante ostensum, illam constitutionẽ ad propositum casum claro jure decisũ trahi nec posse nec debere: arbitror hinc esse perspicuum, quam firma ex verbis, *do lego* vel æquipollẽtib. coniectura concessę seruitutis jam olim ducta fuerit, & etiamnum duci possit, quantumvis hodie non magis quã olim legatæ seruitutis quasi possessionẽ in vito hęrede occupare liceurit, *l. 1. ff. quod legat or. Verum enim vero* si verba, quib. legatum per vendicationẽ relinquebatur, probe põderem9, cõtrariũ eius quod objicitur, è verbis citra absurditatem elici posse videtur. Etenim designant siue important immediatam rei legatæ acquisitionem

Vt

Lucius, ff. de contrah. emt. l. Cajus, ff. de ann. lega. l. patrimonij, l. fundi, ff. de vsufr. lega. propterea scilicet, quia cum ex verbis concessionis non appareat ei, cui fit concessio, tributam esse facultatem ex alieno sumendi corporale commodum, quæ facultas in dubio concessæ servitutis nota esse consuevit, *l. 1. ff. de vsufr. l. quoties nec in fin. ff. de seruit. l. si mihi eodem, ff. de seruit. rust. l. venditor, §. si constat, ff. commun. præd. l. 1. in pr. ff. quando dies vsufr. leg.* nan tantum deficit id, ex quo conijcere licebat, eam fuisse mentem disponentis, ut servitutem concessam esse voluerit, sed & necesse est, penes dominum fundi, hoc est, concedentem sive successores eius illam facultatem remanere: proinde quia de mente non aliter constat, á verbis id arguentibus atq; denotantibus, in concessionem sive obligationem deductam esse rem corporalem à concedente vel eius successore præstandam, recedere minime licet. Quod si verba concessionis significantia, præstandum sive dandum esse corporale commodum, quod jure servitutis aliquando competere consuevit, efficiunt, ne servitus concessa statuatur: etiam verba concessionis significantia, non præstandum sive dandum, sed immediate sive directò sumendum esse, cum primis indicio nobis esse debebunt, servitutem concessam esse, siquidem cōtrariorum ut est contraria ratio, sic etiam dispositio vel effectus eorum contrarius, *l. qui accusare, ff. de accusat. & in pr. inst. de his qui sui vel alien. jur. & princ. instit. de tutel. Euerh. in loc. à contrar. nu. 7.* & propositum in proposito solet operari, quod oppositum in opposito, *l. ult. §. ult. ff. de legat. 3. l. etsi contra, ff. de vulg. & pup. l. penult. C. de solut. Dd. ad rub. ff. de acquir. poss. Hip. Riminal. in pr. num. 2. instit. per quas perso. nobis acquir.* Accedit tertiò, quod ista verborum distinctione rejecta vix haberi posset commoda conciliatio *d. l. si quis ita, ff de vsufr. & l. cum ita, ff. de vsufr. legat.* cum *l. fundi, ff. d. t. de vsufr. legat.* siquidem in singulis formulæ concessionis nominatim referuntur, in quibus diversitas ea modo reperitur, quod in prioribus *fructus*, in *d. l. fundi*, *reditus* exprimuntur: in illis epitheton *annuos* adijcitur, cuius loco in hac verba *quoad vivat* leguntur: Illic denique testator *do lego* dixit, hic *dari volo*. Reditus † inter & fructus etsi subtilem constituat differentiam post *Connanum lib. 4. c. 3. numer. 5. Cuiacius in paratit. ff. de vsufruct. legat.* ut nomine reditus proprie significentur pensiones, quæ ex locatione rediguntur, fructus ij sint, qui naturaliter ex re proveniunt: tamen ab eis structa illa redituum acceptio rite non ostenditur: quam proinde reijcit, *Tiraquell. de retr. gentil. §. 1. gloss. 6. num. 1.* & in proposito reditum a fructu non differre nominatim docuit *Donell. lib. 10. c. 5.* Nam quod *in d. l. fundi*, postmodum ICtus meminit summæ, quæ vivo adhuc patrefamiliâs ex locatione fundi redigi consueverat, contextus ipse docet ea ratione factum, ut appareret, alienatorem in casu *d. l. fundi*, paratum fuisse, legatario, quoad vivet, præstare congruam seu consuetam fructuum sive redituum æstimationem: Hanc enim nisi obtulisset, agere contra hæredem sibi personaliter obligatum haud potuisset legataria, *l. si binarum, ff. de seruit. urb. l. si in venditione, l. venditor, in princip. ff. commun. prædior.* ut citra divinationem inferre minime liceat, pensiones illic fundi locati saltem fuisse legatas. Quin eo ipso ICtus non obscure indicat, quantitatem ex locatione fundi redigi solitam, non esse ipsos fundi reditus, quibus illa succedit, & ratione valoris & æstimationis in effectu congruit. Alioqui si nomine reditus eam proprie venire dixerimus, frustra quæret ICtus, an pensionem solitam offerre posit, quoniam offerendo illam, reditus exhiberet legatos: Sed æstimatione justa cogitur esse contenta mulier, quia fundi, in quo servitutis jus ei nullum constitutum, alienationem domino prohibere

16

bere minime potest. Plane nomen ipsum reditus, latiorem vocis acceptionem prodit esse propriam, strictam respuit: Reditus enim à redeundo nuncupari, quod ex re proveniant identidem, nec semel aut bis tantum, sed sæpius & crebrius inde percipiantur & renascantur, ut post alios egregie *Tiraquell. notat de retr. consang. §. 1. gl. 6. num. 1.* id quod fructibus omnibus est commune, *l. divortio, §. si vir, ff. solut. matrim. Dd. in §. si quis a non dom. & §. in pecudum, inst. de rer. divis. Connan. lib. 4. commun. juris civ. c. 1. Loriot. in apic ib. 1. de fruct ib. axio. 1. Duaren. ad t. ff. de usur. sub rubr. de accessor. versic. fructus tamen. Copus de fruct ib. lib. 1. t. 1. c. 4. Donell. lib. 10. comm. de jure civil. c. 8.* ac reditus fundi nihil aliud quam fructus esse, manifestum ex *l. usufruct. 7. ff. de usufruct. l. quidem prædia, l. qui fructus, ff. de usufruct. leg. ut. l. fragem, ff. de verbor. significat. Donell. loc. relat.* Quod si communem loquendi usum, ex quo in ultimis præsertim voluntatibus nomina exaudiri sive dijudicari debent, *l. Labeo, §. Servium, vers. non enim, ff. de supell. lega. l. libror. §. quod tamen Cass. ff. de lega. 3. Phil. Fran. inc. quamvis sit, §. 1. de elect. in 6. & in c. cupientes, d. t. in 6. Dec. cons. 140. & consil. 540. Stepha. Bertrand. cons. 180. visis. n. 2. li. 4.* quive propriæ significationi prævalet, per ea, quæ in hanc sententiam pulcre congessit *Euerb. in loc. ab opin. vulgi, n. 2. & seqq.* attendamus, non distinguit ille fructus & reditus, sed promiscue usurpat, ut præter leges modo adductas luculenter constat ex jurib. & Dd. allegatis à *Tiraq. d. §. 1. gl. 6. n. 1.* ut Conna. ipse fateatur, fructus & reditus, ut plurimum eadē significatione appellari, *d. lib. 4. c. 3. n. 5.* Ac si maxime admitteremus reditu proprie pensionem ex locatione fundi redactam designari, non erit impedimento, quo minus præsumendum sit, servitutē esse concessam: cum nihilominus emolumentum corporale sit, quod ex fundo vel eius occasione percipitur, & usufructus consistat, etiamsi fructuarius alteri fundum locarit, *l. arborib. §. usufructuarius, ff. de usufruct. §. 1. instit. de usu & hab.* Quod epitheton *annuos* attinet, opinatur quidem *Pacius ivavr. cent. 3. q. 31.* id efficere, ut testator videatur reliquisse usumfructum, sumto argumento ab effectu ad caussam, quia usufructus est caussa, propter quam fructuarius annuos fructus percipere potest. Sed si vocis illius ulla foret hac in parte vis, legato potius annuo, quippe quod inde nomen habet, quā usufructui quadraret. Adjicitur eadem fructibus præstandis *in d. l. ult. §. Lucius, ff. de contr. emt. & in t. Cajus, ff. de ann. lega.* & nihilominus servitus concessa negatur. Nec à caussa licet hic argumentum petere, cum non minus annuum legatum fructuum, caussa sit, propter quam legatarius annuos fructus percipere possit. Sed & usufructus in caussa, ut fructuarius, quo ad vivit, fundi reditus adipiscatur, ut si valeret illud, ex eo liceret æque colligere præsumtionem ususfructus circa formulam concessionis *d. l. fundi.* Restat † igitur, ut ideo decisio 17
d. l. fundi, discrepet a responso *d. l. si quis ita*, & *d. l. cum ita*, quod in his verba *do lego* testator usurparit, quæ propria sui significatione directò quid & immediate legatario tribuunt, *Ulp. tit. 24. de legat. §. per vindic. Cajus lib. 2. inst. t. 5. de legat. in pr. Theoph. in paraphr. instit. t. de legat. §. & ante omnia.* in illa *dari volo*, quæ propria sui significatione denotant ab altero demum, scilicet successore defuncti transferendum esse dominium in legatarium, *§. sic itaque, instit. de action.* Quæ conciliatio sive sententia frequentius ab interpretibus approbata erit eo clarior, si difficultates, quibus urgeri videtur, ei non obesse docuerimus. Primum obstare videtur, quod solennitas huiusmodi verborum, quæ diversitatē in legatis olim inducebant, constitutionibus principum penitus sublata sit, *l. 1. 2. C. commun. de lega. §. 1. inst. de lega.* Sed si principis, uti par est, intentionem intueamur, nihil hic adductæ conciliationi contrarium erit.

 Voluit

Voluit Imp. diverſitatem in rei legatæ ſive per fideicommiſſum relictæ adeptione ex verborum ſolennium ſcrupuloſa varietate ſubtiliter extructam abolere, & eandem omnibus legatis & fideicommiſsis particularibus naturam attribuere, ut ipſo jure dominium rei legatæ ſive per fideicommiſſum relictæ transferatur ad legatarium, reiq; vendicatio competat, quibuſcunq; tandem verbis teſtator vſus fuerit, *d. l. 1. & 2. C. com. de legat.* At in conciliatione, quam ſequimur, & legibus, quibus ipſa accommodatur, non id agitur, ut in adeptione ſive acquiſitione relicti quæpiam diverſitas conſtituatur: ſed ſuppoſito, quod legatum ſeu fideicommiſſum particulare competat, quodq; ſit eadem vtriuſq; natura, ſuper eo ſaltem diſceptatur, quodnam relictum cenſeri debeat, vtrum corporale ſaltem commodum, cuius teſtator meminit, an ſervitus potius ſive jus incorporale in alieno conceſſum intelligatur. Iſthæc diſceptatio cum nil habeat commune cum intentione atq; diſpoſitione Imperatoris, quid mirum, ſi quæ in hac per Imperatorem quo ad effectum ſublata fuit verborum diſcrepantia, in illa etiamnum attendatur, ac ſeparatorum ſeparata ratio ſtatuatur, *l. fin. ff. de calum. l. ſi maritus, C. de don. inter vir. & vx. l. Papin. exuli, ff. de minor.* nec diſpoſitio principis vltra intentionem eius extendatur, *l. ſi ego, l. non omnis, ff. ſi cert. petit. cum ſimil.* cum præſertim aliàs etiam lex non diſponat, niſi de quo in ea principaliter agitur, cœtera legibus alijs determinanda relinquat, *l. furioſum, C. qui teſtam. fac. poſſ. l. qui teſtamento, ubi noviſſime Dauth. ad verba, ſi nihil aliud, ff. de teſtam.* Iam vero, cum ante quàm confectæ eſſent Pandectæ Imperator *d. l. 1. & 2.* promulgarit, ſi per illas in propoſito quoque diſcrepantiam verborum, quam ponderamus, tollere quo ad effectum voluiſſet, vtiq; ſæpius citata veterum reſponſa, deciſiones diverſas propter illam verborum differentiam habentia Pandectis non inſeruiſſet, *l. 1. C. de jure vet. enucl.* quæ cum nihilominus quaſi minime correcta vel immutata recenſuerit, adeoque pro legibus obſervanda propoſuerit, ſimul hinc elucet, Imperatorem in propoſito verborum diſcrepantiæ nō derogare voluiſſe, cum præſertim quoad eius fieri poſsit, jura juribus concordanda, & eorum correctio vitanda ſit, *c. cum expediat, de elect. in 6.* Deniq; defuncti voluntatem cumprimis conſervare & validiorem efficere ſe voluiſſe, profitetur Imp. ipſe *d. §. 1. inſt. de lega. & d. l. 2. C. commun. de lega.* Atqui cum teſtator emolumentum ex prædio corporale reliquit ſub verbis *do lego* Labeo & Iavolenus teſtantur, hanc videri mentem teſtatoris eſſe, ut ſervitutem conceſſam voluerit, *d. l. cum ita, ff. de vſufr. lega.* quod Scævola negat, cum ſub verbis *dari volo*, relinquitur, *d. l. fundi, ff. de vſufr. lega.* Non igitur illic mentem teſtatoris evertet conſtitutio, multo minus hic efficiet, ut, quod teſtator datum noluit, intelligatur legatum præter voluntatem: ut non abs re ſit ab interpretibus notatum, conſtitutionem Iuſtiniani ad ea modo pertinere legata ſeu fideicommiſſa, de quibus conſtat, quidnam teſtator dari voluerit, quæ Iuſtinianus quibuſcunq; relicta ſint verbis, peræquæ confirmat, non ad illa, de quibus circa rem, quam reliquiſſe teſtator videatur, ambigitur, ut propter obſcuritatem ex verbis directo ſive immediate, vel per indirectum ſive mediate quidpiam tribuentibus mentem teſtatoris colligere neceſſe ſit, *Caſtr. in d. l. ſi quis ita, ff. de vſufr. Donell. lib. 10. c. 5. verſ. ſed duob.* Secundò † 18 refragari videtur, quia verba *do lego* vel ſimilia deſignātia teſtatorē ipſum, quid immediate tribuere, quantumvis ipſo jure dominium translatum eſſe demonſtrent, non tamen ea propter facultatem autoritate propria ſumendi ſibi relictum largiuntur, *l. non eſt dubium, ubi gl. & DD. ordinarie, C. de lega.*

de lega. §. 1. *ibi, ab herede præstanda, ubi Dd. inst. de lega. Diaz. reg. 407. Anton. Gomez. to. 1. var. resol. c. 12. n. 16. Pet. Greg. in syntag. ll. 42. c. 33. n. 13.* vt ex ijs firma seruitutis concessæ coniectura duci vix posse videatur. Sed aduertendū, verbis *do lego*, vel æquipollentib. relatis per Vlpian. *d. t. 24. de leg. 1. §. per vend. his verbis, & Caium d. t. 5. de legat. §. vendication.* quib. testator per vendicationem legabat, atq; adeo semetipsum dominium trāsferre demonstrabat, remq; nondū esset in rerū natura, licet futura speraretur, relinqui minime potuisse, prout expresse testatum reliquit *Caius d. t. vers. ille etiam res, & subscribit Vlp. d. t. 24.* quando sæpius inculcat, rem quæ per vindicationem relinquitur, oportere tempore cum testamenti conditi, tum mortis testatoris, vel si pondere, numero mensuraue constat, tempore mortis esse testatoris: Quod ipsa juris inducebat necessitas, siquidem testator semetipsum non spem dominij postmodum ipso jure, cū res extiterint, consequēdi, sed ipsam rem dare, quæ tamen nō extitisse supponitur, eiusq; dominiū, quo plane destituitur, immediate transferre in alterum, dilucidis verbis ostendit: cum tamen nemo det, quod non habet, nec vllæ sint non entis qualitatis, *l. etiam qui, ff. si cert. pet. l. Sempron. Attal ff. de usuf. lege.* nec quisquam plus juris alteri tribuere posiit, quam ipsi competere dignoscitur, *l. traditio. ff. de acquir. rer. dom.* eoq; legatarios nec rem postmodum existentē vendicare poterat, quippe destitutus dominio, quod a defuncto non erat consecutus, *Caius d. t. v. ille etiam.* Atqui corporalia emolumenta ex alieno quotannis, siue quoties opus erit, habenda, non uno simul eodemq; tēpore subsistere solent omnia, sed successiue renascuntur, & à se producitur; *l. divortio, §. si vir, ff. solut. matr.* Proinde cum ex verbis *do lego* vel æquipollentibus liquido constaret, testatorem quod reliquit, ipso jure siue immediate in alterū transferre voluisse. Ipsq; non ipsis per sese emolumentis posse accommodari, sed seruituti, qua continentur illa, qua ue competēte concediq; consueuerunt, *l. 3. ff. de seru. rust.* quamq; sæpissime denotant, *l. si Titio fructus, l. si aly usus, ff. de usufr. l. aqua, l. si communem, §. si is qui, l. aquam, ff. quem. seru. amit. l. Mela, §. ult. ff. de alim. lega.* omnimodo quadraret, atq; conveniret, *l. 2. §. & harum, ff. de verb. obl. l. si partem, §. si per fundum, ff. quem. seru. amit.* merito ICti nostri censuerunt, esse legatum huiusmodi perinde accipiendū, ac si seruitutis expresse mimininet, eamq; fuisse testatoris mentē, ut emolument in nuncupatione, non rā corpus ipsum, quam seruitutem siue jus incorporale, quo illud percipere licet, denotare voluerit, *d. l. si quis ita, & d. l. cum ita.* Quamvis autem hodie legato quoq; rei nondum existentis per vindicationem, relicto dominium directo & immediate acquiri videatur, *per d. l. 1. 2. C. com. de lega.* nō quidem cōtinuò post mortem testatoris aut hæredi: atem aditam, sed cum tacita, quę huiusmodi legato ine:, *l. 1. sub fin. ubi Dd. ff. de con. & demonst.* conditio existit, *per l. 1. §. seru. ff. de Sillan. l. si fundum sub conditione, ff. de lega. 1. 10. Bologn. in l. c. nu. 279. dicens in hoc* omnes conuenire *ff. de lega. 1.* quia tamen Imperator legatis jure veteri dominium non immediate tribuentib. (e quotū numero nostrum, de quo loquimur, jam olim fuit exemtum) saltem constitutione sua subuenit, & quidem contra rationē juris ex æquitate, insuper etjam paulo ante ostensum, illam constitutionē ad propositum casum claro jure decisū trahi nec posse nec debere: arbitror hinc esse perspicuum, quam firma ex verbis, *do lego* vel æquipollētib. coniectura concessę seruitutis jam olim ducta fuerit, & etiamnum duci posiit, quantumvis hodie non magis quā olim legatæ seruitutis quasi possessionē invito hęrede occupare liceurit, *l. 1. ff. quod legat. or. Verum enim vero si* verba, quib. legatum per vendicationē relinquebatur, probe pōderemus, cōtrariū eius quod obijcitur, è verbis citra absurditatem elici posse videtur. Etenim designant siue important immediatam rei legatæ acquisitionem

Vt

stitit, id, quod in priore responsione deduximus: ac si maxime non id obstitisset, illa tamen interpretatio vix admitti potuisset, tum, quia præcise fructus consequi legatarius haud posset, quandoquidem hæredi licet eo casu fundum distrahere, & communem sive solitam æstimationem fructuum quotannis præstandam offerre, *l. fundi, ff. de usufr. lega.* tum, quia cum hic eiusmodi rebus corporalibus adijciantur, quæ vigore servitutis ex alieno haberi solent, quid mirum, censuisse ICtos, ea in potentiori significatione accipi oportere, *l. 1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectig. cum simil. sup. adductis.* cum præsertim sit rebus ipsis congruentior, *l. damni infecti, 30. ff. de dam. infe. l. si uno, in pr. ff. locat. l. si stipulatus, ff. de usur. l. quoties idem, ff. de reg. jur.* Est enim procul dubio potentior significatio, rebusq; congruentior, per sese corporale emolumentum ex alieno sumere licere, quam expectandum esse, dum fundi dominus eximat & tradat, & concessam denotare servitutem, quam obligationem adversus hæredem solummodo quæsitam. Tertiò repugnare videtur *l. defuncta, §. Sempronio, ff. de usufr.* ubi verba *do lego* fructibus legatis adijciuntur, nec tamen vsusfructus censetur esse concessus. Sed responsionem ipse Scævola in responso suo subministrat innuens propterea non vsumfructum præsumi, quia ex eo, quod redactum esset, pars legata fuerit. Cum enim testator legat partem ex redactu fructuum, redactum plane præsupponit, seu vult, vt ante omnia redigantur fructus, nec tamen legatario potestatem redigendi permittit, quæ proinde penes hæredem quippe fundi dominum remanet, sed ex reditu sive redactis consequendi partem: cui vero jus non est facto suo fructus ex alieno sumendi, ei per verba do lego, vel æquipollentia, concessus esse non potest vsusfructus, *per tex. l. 1. in pr. ff. quando dies usufr. Ita recte Donell. respondit lib. 10. c. 5. sub fin.* Quartò, cum in contractibus & actibus inter vivos omnia rerum non nisi traditione subsequenti transferantur, consequens esse videtur, verba, do, dono, vel similia, dominij translationem implicantia, quia traditione destituuntur, nihilo plus juris in ijs inducere posse, quam simplex promissionis verbum. Imo vero nihilominus illa plurimum faciunt ad præsumendam servitutis concessionem. Cum enim satis illa verba denotent, concedentem non simpliciter modo quidpiam promittere, verum etiam dominium transferre voluisse: hoc vero postremum non tam rebus corporalibus accommodari possit, quippe desiderantibus ex parte concedentis præter conventionem in donatione sive datione corporalem traditionis actum, quam rebus incorporalibus competere, quarum in donatione sive datione corporalis aliquis traditionis actus ex parte concedentis præcise nō exigitur, colligitur hinc, non tam res corporales, quam servitutem sive jus, quo ex alieno illæ percipiantur, fuisse concessum: cum talia sint subjecta, qualia demonstrant sive permittunt esse prædicata, *c. inter dilectos, vers. cæterum, ubi gl. verbo, nequivissent, de fide instrum. gl. in c. dudum, verbo, prohibemus, de decim. Bart. in l. 3. ff. de fundo instrum. per text. ibid. Bald. in c. 2. de natura succ. feud. Crauet. consil. 301. num. 5. volum. 2.* & subiectum secundum naturam prædicati sit intelligendum, *Euerhar. in loc. à nom. dignit. num. 3.* Etsi vero, quando non illico huiusmodi concessioni factum acquirentis servitutem vsurpare inchoantis intervenit, servitus actu non acquiratur, *l. quoties via, ff. de servitut. l. si partem, ff. quemadmod. servit. amitt.* nihil tamen id verbis aut voluntati concedentis legibus omnimodo congruæ, quam præcipuè attendimus, derogat, quandoquidem concedens ex parte sua faciendo, quod ad servitutem constituendam fieri debuit, hoc est, concedendo, adeoq; per verba do, dono, vel similia simul etiam ostendendo, per se non stare,

quo

quo minus etiam in continenti seruitus vsurpetur, ita dedit, vt aequirentis fieret, §. *sic itaq.*, *inst. de actio.* quantumuis per acquirentem illico non usurpantem steterit, quo minus seruitutem, quam dat concedens, vsurpatione mediante acciperet. Accedit & hoc, quod etsi concedens dando sine traditione inter viuos dominium transferre corporalium emolumentorum non potuit, sustinenda tamen hactenus ea datio fuit, per id quod ei proximum siue maxime cōjunctum, vt acquirenti potestas data censeretur capiendi emolumenta ex alieno, inq; rem suam vertendi, cum quando quod agitur, non valet vt agitur, tamen alio modo sustineri debet, quo valere potest, *l. si tam angusti, ubi Dd. ff. de seruit. cum similibus supra adductis.* Cui vero jus est capiendi ex alieno, quæ sibi vel prædio vtilia, ei seruitus competere censetur, *l. 3. l. ergo, l. veluti, ff. de seru. rust. l. 1. in pr. ff. quando dies vsusfr.* Ut interim omittam, pluribus alijs verbis illam concessionem fieri posse, clarius denotantibus facultatem autoritate propria sumendi ex alieno corporale commodum, puta, concedo tibi fructus annuos, quos cum libuerit, ipse capito, colligito &c. quo casu tāto minus de concessione seruitutis inter vivos ambigendum, *l. quoties nec, insi. ff. de seruit. l. venditor, §. si con-*
19 *stat, ff. commu. præd.* Verum quæ † circa extensionem istam huc vsq; dicta sunt, obtinent, quando constat, vel præsumitur, quod res in concessionē deductæ non semel tantum vel vna vice, sed sæpius, imo quoties opus erit, aut libuerit, è fundo capiendæ vel habendæ sint: nam quando constat vel præsumitur, quod de prima saltem vice senserit concedens, locus extensioni nostræ nullus esse potest, cum, quia præsupponit ea, subesse cætera requisita, *l. qui testamento, ff. de testam. l. furiosum, C. qui testa. fac. poss.* quorum tamen hic præcipuum ferme deficit, videlicet agere, habere licere in alieno, quoties id vel necessitas vel vtilitas suadet: tum, quia verba denotantia rem concessam non esse demum per concedentem vel hæredem eius præstandam, non minus verificari possunt in vnica saltem concessæ rei corporalis acquisitione, quam in pluribus creberrime pro libitu repetitis, siquidem non minus id in vnica quam in plurib. tale quid concedi potest & solet, vt proinde ex huiusmodi verbis per sese uix possit inferri, concessum esse, vt rem corporalem è fundo, quoties visum fuerit, vel expedierit, sumere liceat, cum non probet hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, *l. nec natales, C. de probat.* An autem, & quatenus quid semel tantum, aut sæpius siue quoties libuerit vel opus erit, concessum intelligatur, præsentis non est loci discutere: Requirendum ex traditis per *Dd. in l. apud Iulian. §. si quis alicui, ubi Castrens. num. 2. Franc. Aret. nu. 7. Jasonem num. 10. 11. 12. Zas. nu. 6. ff. de lega. 1. Bart. in l. cum quidem, ubi Alex. in add. ff. de ann. lega. Raphalem Cum. & alij in l. eum qui Calendis, ff. de verb. obl. Castrens. in l. defuncta, §. vlt. ubi Alb. in add. ad Bart. ff. de usufr. Felin. in c. 2. de treug. & pace. Jason. post alios in l. diuortio, §. quod in anno, num. 12. & seqq. ff. solut. matr. Alc. in l. boues, §. hoc sermone, & ibid. Rebuffum, & latissime Tiraq. in repet. d. §. ff. de verb. signif. Socin. cons. 18. vol. 3. Ruin. cons. 62. num. 7. vol. 3. Paris. cons. 14. nu. 14. vol. 4. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 11. num. 26. & 48. Men. de præsumt. lib. 4. to. 2. præsum. 132. Decian. consil. 114. vol. 3. Menoch. cons. 193. vol. 2. Francisc. Viuium decis. 87. Ant. Gab. lib. 6 commun. conclus. tit. de legibus concl. 2.*

Ampl. II. Etjamsi † non sub nomine juris concessio facta sit, si tamen alia verba sit vsurpata, quæ non minus, quam juris nomen importare siue designare seruitutē possint, 20
peræq; censendum erit, seruitutem esse concessam, puta, si concedens dixerit suas ædes alteri se facere seruas, *l. & qui duas ff. de seru. vrb. l. si quis duas, l. si in vendit, l. qui per certi, ff. comm.*

præd.

prę d. aut servas fore vel esse, *l. si bina, ff. de servitut. urb. d. l. si in vend.* aut servire, *l. duor. l. in tradendis, ff. com. prædior. Barnabas Brisson. lib. 6. formul. vers. interdum autem in tradendo, mihi fol. 554.* Nec enim refert, præsertim hodie post explosas à Constantino solennes actuum formulas, quibus verbis concessio sit facta, dummodo quid senserint contrahentes, appareat, *l. 1. C. de formul. & impetr. act. subl.* nec alia de caussa inspicimus nomen juris vsurpatum, quam ut nobis indicio sit, concessam esse servitutem: quod indicium cum nonnunquam ex alijs verbis non minus commode possit haberi, par est, ut idē eo casu statuatur, propter eandem rationem, vtrobiq; subsistentem, *l. illud, ff. ad legem Aquil.* ac denotationis æquipollentiam, *l. certum, ff. si cert. petat. l. fideicommissa, §. si cui, ff. de leg. 3. c. in his, de verb. signif.*

11 Cœterum conclusio tot ampliationibus hactenus extensa limitanda primò: ne procedat, quando servitus sive jus conceditur non determinatè respectu certi prædij, sed respectu fundi certificandi per eum, cui fit concessio, hoc est, ut competat jus agendi habendive in alieno ad vtilitatem prædij, cuiusq; voluerit, sive vicini, sive procul dissiti: tunc enim non modo respectu locorum concedenti non vicinorum servitus realis concessa minime censeri potest, sed ne quidem vicino prædio quæsita intelligitur, cuius alioqui respectu prædialis esse potuisset, *tex. est not. in l. Lucius, per quam ita statuit ibid. gl. Bart. Bald. Angel. Castr. & reliqui, ff. de seru. rust. & in l. 1. §. præterea Labeo, ff. de aq. quot. & æst. Bart. in l. pater filiæ, n. 8. ff. de servit. lega. Salic. in l. & in provinciali, C. de servit. Franc. Aret. in l. si sic stipul. nu. 6. vers. tertiò adde, ff. de verb. oblig. Lud. Roma. sing. 68. concedo tibi jus. Cœpolla de seru. urb. c. 2. n. 8. Iason. in §. æque, num. 31. inst. de act. Zas. in l. si sub una, § si quis, num. 6. vers. quarta, conclus. qui testatur, hunc esse d. l. Lucius,* verum & communem *intellectum, ff. de verb. oblig. Coras. in l. 1. n. 123. & 124. dicens* communem, *ff. de servit. Joan. Superior in l. 4. num. 3. ff. de servitut. Albertus Brunus de interitu, consil. 11. n. 67. Connan. lib. 4. com. juris civ. c. 10. n. 2. Dec. consil. 262. n. 3. & 11. Natta consil. 163. n. 10. tom. 1. Menoch. de retin. poss. remed. 6. nu. 41. & seqq. nec non lib. 3. præsumt. 103. n. 34. Mascard. de prob. vol. 1. concl. 338.* Cuius quidem restrictionis rationes satis apertæ: Realis namq; servitute non licet vti, nisi ad prædium, cui quæsita fuit, *l. ex meo, ff. de seru. rust.* hic vero licet acquirenti vsurpare ad prędia quęcunq; voluerit, proinde servitus hic alicui prędio non potest esse quæsita. Deinde cum eatenus prædijs vtilitatem concessi juris obvenire permiserit concedens, quatenus acquirens voluerit, vtiq; principaliter commoditatē acquirentis respexisse, nec tam prædiorū, quam personæ acquirentis cōtemplatione concessisse videtur, *arg. auth. multo magis, & ibi not. C. de pact.* Quoties autē personæ, nō rei contemplatione jus conceditur, servitus nequit esse prædialis, *l. 4. ff. de seru. l. si mihi, §. ult. ff. de seru. rust.* Deniq; servitus eadem numero pluribus competere prędijs non potest, cum tot sint servitutes, quot fundi dominantes *l. si ædes, ubi Bar. & Dd. ff. de seru. urb. l. aquam, ubi Castr. ff. quemad. seru. amit.* cum quidem hic nō plura sed vnum solummodo jus videatur esse concessum, vel eo magis, quia verisimile non est, promissorem pluribus, adeoq; tot servitutibus, quod postmodū voluerit acquirens, prædium suum onerare voluisse, cū id quisq; voluisse censeatur, quod minus præjudicat, *l. cum de indebito, ff. de probat. l. si ita stipulatus, sog. ff. de verb. oblig.* Hinc vero patet, nostram limitationem multo magis procedere, quando simpliciter sine mentione vllius fundi, ad quem redundet emolumentū, fuit concessum jus, quocunq; locorum libuerit, vel expedire visum fuerit, vsurpandum, puta, si concedas mihi jus per fundū tuum eundi, agendi, vehendi, aquam ducendi, quocunque voluero, hoc est, in quemcunq; locum libuerit, *Franc. Aret. in d. l. si sic. n. 6. ff. de ver. oblig. & clare probatur etiam per tex. d. l. 1. §. præterea Labeo, ff. de aq. quot.*

Similiter obtinet illa non eo tantum casu, quando non omnia acquirentis prædia, ad quæ vult vti jure concesso, sunt vicina prædio concedentis, verumetiam quando prædia singula, quæ posſidet acquirens, quibusve jus prodesse cupit, fundo concedentis vicina sunt. Quamvis enim prædia tum sint habilia, ut ijs constitui realis posſit servitus, non tamen ea propter illa credetur isto casu concessa: Est enim dispositio *d. l. Lucius*, *& d. l. 1. §. præterea*, omnino generalis, ut hic etiam casus sub ea comprehendatur, eoq; sortiatur eandem decisionem, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præst. l. item legato, §. nihil interest, ff. de lega. 3. l. semper specialia, ff. de regul. jur.* quam pariter exigunt rationes, quibus *tex. d. l. Lucius, & d. §. præterea*, subnixum esse diximus, firmiter hic quoq; militantes. Accedit, quod etsi nunc prædia tantum vicina posſideat, tamen ab eo possunt & facile illa alienari, & alia, quæ vicina non sint, acquiri, ad quæ certe non minus ut ad priora vti concesso jure licebit ei, si velit, cum hoc totum eius voluntati permissum, nec exclusisse quicquam videatur concedens, qui dictione vniversali *quocunq;* vel æquipollente vsus est, *l. Iulianus, in princ. ubi not. Bartol. & Dd. ff. de legat. 3. Fac. not. per Cranet. consil. 630. numer. 5. & 6. volu. 4.* Certum vero, non esse prædialem servitutem, qua liceret vti etiam ad prædia remota, procúlq; disſita, *l. servitutes, §. publico, ff. de servitut. l. ergo, l. qui sella, §. ult. ff. de servi. rustic.* Plus censeo, etiamsi nominatim huiusmodi concesſio restricta fuisset ad prædia, quæ nunc posſidet acquirens, puta, concedo digitum aquæ ad quodcunq; volueris prædiorum tuo nunc dominio subjectorum, non videtur inde servitus prædialis elici posse, cum propter generalitatem *textus d. l. Lucius, & d. §. præterea*, de aquæductu vix nisi vicinis commodum exhibere valente loquentis, & rationum prius asſignatarum hic peræque stringentium: tum, quod is, cui huiusmodi jus indeterminatum conceditur, variandi facultatem consequi dignoscatur, ut cum ad vnum prædium primo cœpit vsurpare, pro libitu postmodum queat vsum illius ad aliud prædium suum convertere, ut post alios notat *Conn. d. lib. 4. c. 10. n. 2.* cum è diverso servitus realis á prædio, cui semel quæsita, citra sui interitum divelli nequeat, multo minus in aliud transferri, *l. ergo, in fin. l. ex meo, ff. de servit. rustic.*

Limit. 2. quando ex qualitate 22
personæ, cui fit concesſio, & rei concessæ, firma suboriri præsumtio videtur, jus personæ modo, non rei sive successoribus in rem fuisse concessum, puta, cum testator filiæ, fratri, aut alteri necesſitudine arctisſima conjuncto, ad fundum legatum transeundi jus per domos hæreditarias legat, verisimile non est, eum voluisse tantundem juris competere quibusvis illius fundi successoribus, cum nec cuivis, nec facile per domos transitus concedi consueverit, ut in dubio per concesſionem sub nomine juris factam, non fundi gratia quæpiam servitus legata, sed potius affectu vel amore filiæ, vel fratris, aut arctisſimè conjuncti vsus transeundi personæ datus credatur, *tex. est not. in l. pater filia, ubi gl. Bart. & alij, ff. de servit. lega. Bart. in d. l. Lucius, ubi Castr. num. 2. Cæpolla d. c. 2. num. 7. Jason in l. 2. §. item si in facto, ubi Zasius num. 10. ff. de verbor. oblig. Idem Zas. in l. si sub vna, §. si quis, num. 7. ff. de verb. oblig. Coras. in l. 1. n. 123. ff. de servit. Joan. Superior in l. 4. in princ. nu. 3. vers. nonnunquam, ff. de servit. Connan. lib. 4. c. 10. n. 2. Albert. Brun. de interitu, concl. 11. n. 68.*

Limit. 3. Si appareret, in prævia 23
tractatione fuisse actum de jure personis modo, non prędijs concedendo, ex subsequente concesſione solenni simpliciter sub nomine juris facta servitus prædialis minime præsumi posset, *Zas. in d. l. 2. §. item etsi, n. 9. & 10 ff. de V. O.* Certi namq; juris, in præfationibus dicta, in sequentibus repetita intelligi, *l. Titia, §. idem respondit, ff. de verb. oblig.* ut perinde sit, ac si diserte

fuissent

fuissent in his etiam expressa, *l. item quia, §. ultim. ubi gl. Bald. & Dd. ff. de pact. Dd. in d. §. item respondit, & in l. pacta novissima, C. de pact.* Par est igitur, ut hic etiam, quod ante de jure personis non rebus acquirendo dictum, in subsecuta concessione repetitum intelligatur, cum præsertim ex ea repetitione concessio non reddatur inutilis, *d. l. Titia, §. idem respondit, ubi Dd.* Deinde videmus principaliter hic quæri de intellectu concessionis, quidnã senserint contrahentes, quid sub nomine juris, quod non minus obligationi solummodo personali, quam servituti congruit, denotarint, quid alter concedere voluerit, alter acquirere: illa vero voluntas non rectius deprahenditur, quam ex antecedenti tractatu, quippe qui animum ad sequentia aperit, *l. si servum plurium, §. fin. ff. de legat. 1. Cravet. post alios consil. 220. num. 11. vol. 2.* & dat intellectum ad sequentem contractum, *Natta consil. 250. n. 3. tom. 2.* vel eo magis, cum ex antecedenti declaretur quod sequitur, *d. l. si servus plurium, §. ult. l. qui filiab. ff. de legat. 1. l. nummis, ff. de legat. 3. Dec. consil. 425. num. 16.* etiamsi foret ab illis diversum, adeoq; ex intervallo subsequeretur, *ut post Angel. in l. si quis cum aliter, in pr. ff. de verb. oblig. & in l. pacta novissima, C. de pact. tradit idem Dec. cons. 190. n. 3.* ut longe fortius in vno eodemq; contractu subsequentium declaratio sit è præcedentibus petenda, *d. l. qui, filiab. d. l. si seru. plur. §. ult.* Iam vero si prædialem servitutem isto casu concessam diceremus, oporteret à priore voluntate partes recessisse, atq; adeo diversum ab eo, quod ante placuerit, concessisse: non est autem verisimile, quod partes, in continenti præsertim, sese corrigere voluerint, cum voluntatis mutatio non præsumatur, *c. maiores, de baptis. & c. licet, de procurat. in 6.* idq; tanto minus in proposito, quo difficilius præsumi potest, plus concessum esse, quam fuit ab initio actum, cum verba contractus ita semper accipienda, ut quantum fieri possit, debitorem minus obligent, *ut not. Angel. consil. 67. ex themat. Dec. consil. 424. num. 8.* Sed etsi concessionem ipsam consideremus, vix subesse quicquam videtur, vnde servitus prædialis præsumi queat, contra id, quod ab initio fuit actum. Nam cœtera quidem concessionis verba quod attinet, præsupponuntur in principali quæstione sive conclusione nostra, non esse talia, quæ servitutem esse concessam plane convincant: Iuris vero nomen, quod in ea ponderavimus vnice, non minus obligationi solummodo personali, quam servituti congruit, actum demum servitutem importat prædialem, quando non aliter de mente concedentis constat: ut proinde jure merito ex prævia tractatione concludatur, personis modo, non prædijs quicquam juris esse tributum. Verum quæ sunt hac & præcedentibus duabus limitationibus adducta, servitutem quidem prædialem non esse concessam, perspicue monstrant: At si quæratur, an huiusmodi concessiones respectu saltem eius, cui fiunt, sint personales, ex parte vero concedentis reales, ut fundum ipsum afficiant, & à quocunque fundi successore debeantur, an potius ab vtraq; parte non rem, sed personam concernant: tenendum, huiusmodi concessiones nihilominus ex parte concedentis ipsum fundum concernere, adeoq; servitutem in re personæ tribuere, secundum ea quæ ampl. 5. sup. dicta fuerunt atq; probata: nisi quando requisitum servituti personali necessarium deest, aut ex prævia tractatione vel aliunde apparet evidenter, nihil in re juris tribuere concedentem, sed personaliter se tantum obligare voluisse: quibus vtiq; casibus concessio sub nomine juris facta non magis servitutem personæ poterit importare, quam non potest inducere prædialem, *l. venditor, in pr. ff. comm. præd. l. licet Imp. & ibi not. per Bart. & Dd. ff. de legat. 1.*

Limit. 4. Quando jus huiusmodi concessum, quod suapte natura perso- 24

 sona-

sonale est, nec ad hæredes transitorium ex parte eius, cui conceditur, puta, vsus. vsusfr. Quamvis enim ex parte concedentis in re fundetur, *l. 2. ff. de vsufr.* tamen vltra personam acquirentis natura sua sic exigente non extenditur, *Dd. in l. stip. ista, §. si quis ita, ff. de verb. oblig. per tex. ibid. & l. 3. §. ult. ff. quib. mod. vsusfr. amitt. Alciat. respons. 203. n. 17. Berous consil. 173. n. 68. lib. 1. & cons. 153. num. 7. lib. 3. Menoch. lib. 3. præsum. 103. nu. 35.* eoq; personæ quidem seruitus esse poterit, *l. 1. ff. de seru.* prædij vero minime, *d. l. 1. juncta l. cum fundo, ff. de seruit. rust.*

25 Limit. 5. quando conceditur non habenti vicinum prædium, non potest e verbis concessionis quantumvis jus designantibus elici servitus prædialis, *gl. Bartol. & Dd. in l. Mela, §. ultim. ff. de alim. legat. Bartol. in l. Lucius, ff. de seruit. rustic. præd. & in l. pater, num. 8 ff. de seruit. legat. gl. in l. apud Julian. §. si quis alieni, ubi post alios Franc. Aretin. num. 7. & Ias. num. 12. ff. de legat. 1. Franc. Aretin. in l. si sic, nu. 6. ff. de verb. oblig. Ias. in §. æque, num. 18. instit. de act. Capoll. de seruit. urb. c. 2. n. 8. & de seruit. rust. c. 4. num. 3. Menoch. de retin. possess. remed. 6. num. 45.* Pro qua sententia clarus tex. *d. l. Mela, §. ult. & l. ergo, ff. de seru. rustic.* & evidens decidendi ratio, quia prædialis servitus non nisi prædio vicino deberi potest, *l. qui sella, §. in rusticis, ff. de seruit. rust. l. in tradendis, §. interpositis, ff. commun. præd. l. etsi forte, ff. si seruit. vend. l. si quis ex fundo, ff. quemadm. seruit. amitt. cum simil.* cui tamen in proposito concessa non fuit, ut proinde propter defectum præcipui requisiti non possit esse deducta in concessionem servitus prædialis, *jur. præcit.* Rursus cum is cui conceditur, fundum vicinum non habeat, servitutem non suo, sed alieno prædio stipularetur vel acquireret, quod jure fieri non potest, *l. 1. l. proprium, l. si quis duas, §. duas, ff. commun. præd.* Vt tamen rectius constet, quatenus hæc limitatio procedat, opinor inprimis esse animadvertendum, sciveritne concedens, alterum non esse possessorem fundi vicini, an ignoraverit: Nam si quidem scivit, ac nihilominus ei simpliciter concessit sine mentione fundi, cuius ad vtilitatem vsurpet, nostræ quidem limitationi procul dubio locus erit, cum is, cui conceditur, non habeat vllum prædium, cui concessa queat intelligi servitus: ac si maxime tractu temporis aliquod prædium vicinum sibi comparet, quia tamen antecedens concessio, non ad certum prædium restricta, sed indeterminata fuit, ut non magis huic, quam cuivis alij fundo vicino accommodari potuerit, prouretiam fieri tam fuisset, ut quodlibet aliud vicinum prædium potius quam hoc acquireret, vtique servitus prædialis ex ea minime potest elici, *l. Lucius, & ibi not. per Bartol. & Dd. ff. de seruitut. rustic.* cum præsertim inter vicina prædia sit ita comparatum, ut servitus vni quæsita longe plus noceat & præjudicet fundo concedentis, quam si foret alteri quæsita, ut plane non sit verisimile, concedentem voluisse, ut fundus suus prædio, quodcunq; tandem sit alter acquisiturus in vicina, servitutem debeat, & alioqui tractu temporis nequeat convalescere, quod jure servitutis ab initio non valuit, *l. Mevius, §. duob. ff. de legat. 2. t. quod ab initio, de regul. jur. in 6.* proinde etiam rationes, quibus ampl. 4. ostensum, servitutem prædialem esse præsumendam, licet prædij facta non sit mentio, cessant hoc casu, prout illic notatum. Quia vero non habenti prædium vicinum, seruitus personalis competere nihilominus valet, *Donell. lib. 11. c. 2. §. atq. hered.* vtiq; si nihil aliud obstet recte defendi poterit, concessionem ex parte concedentis fundum concernere, ipsiq; personæ seruitutem tribuere, *secundum ea, quæ sup. documus amp. 5. & latius exerc. 6. limit. 2.* At † cum sciens quidem concessit, non tamen simpliciter, sed nominato quopiam vicino fundo, cuius ad vtilitatem scilicet jus vsurpare liceat, seruitus prædialis in obligationem de- 26

ducta

ducta esse videtur, *Ioan. ab Imol. in l. existimo, ubi Alciat. nu. 7. ff. de verb. obl.* quandoquidem ex adiectione fundi,
96 licet alieni apparet actum fuisse de seruitute fundo, non autem personæ solum acquirenda: Certi autem iuris, etiam ei, qui vicinum fundum nondū habeat, seruitutem prædialem promitti vel relinqui posse, *Dd. in d. l. existimo, ubi præcæteris Alexan. nu. 2. Coras. in l. 4. num. 6. ff. de seru. Cuiac. in l. si stichum, 16. ff. de ver. oblig. & est clarus ad hoc tex. in d. l. existimo.* Probatur etiam *tex. in l. si seruitus, §. ult. ff. de seru. urb. & l. Labeo, ff. de seru. rust.* quibus asseritur, ædificio futuro siue nondum extructo seruitutem concedi posse: futurum vero ædificium, quod nondum existit, non potest actu habere, is, cui conceditur, *l. verum est, in fi. ff. pro soc. l. Sempron. Attal. ff. de usufr. leg.* Suadet idem ratio diuersitatis inter seruitutem actu constitutam, & promissam, plurimum interesse arguens, *l. si sub una, in fin. ubi gl. & Dd. ff. de verb. oblig. l. pro parte & ibid. Dd. ff. de seru. l. si binas. ff. de seru. vrb. Notat. post alios Ioan. Superior. in l. 1. nu. 1. ff. de seruit. Gomez. to. 2. var. resol. c. 15. nu. 23. & 24.* Quando enim actu constituitur, adeoque re ipsa seruitus fundo imponitur, oportet vt uno eodemq; actu simul prædio dominanti acquiratur, siquidem seruitus prædialis actu subsistere nequit, nisi prædio sit actu quæsita, *l. 1. ff. de seru. l. seruitutes, §. si sublatum, ff. de seru. urb.* & constitutio siue actualis productio seruitutis nihil aliud est, quam eius in fundo seruiente impositio, *l. 2. ff. de seru. l. qui ædificium, l. si seruitus, ff. de seru. vrb. cum simil.* & in dominante acquisitio, *l. non dubito, ff. de seru. l. si seruitus, §. ult. l. fundus, ff. de seruitute rusticarum l. si quis duas, l. intrandendū, §. interpositis, l. si cum duas, l. fin. ff. commu. præd.* Prædio vero, quia per se ipsum quippe inanimatum, nil potest acquirere, necesse est, vt acquiratur per dominum, cuius illud est, cuive ratione prædij seruitus competere debet, *iur. præcit.* Nam qui dominus prædij non est, cum ne quidem possit alterius personæ, cui non subsit vt seruus aut filiusfam. quicquam acquirere, nisi procuratorio nomine, *l. acquiruntur, ff. de acquir. rer. do. t. t. inst. per quas person.* multo minus rebus poterit, *l. 1. l. proprium, l. si quis duas, l. si cum duas, ff. comm. præd.* Seruitus autem promissa quidem, sed nondum præstita, quia potentia tantum non actu subsistit, demumq; tractu temporis constitutione subsecutura erit imponenda & acquirenda *l. pro parte, l. quoties vis, ff. de seru. l. si binas, ff. de seru. urb. l. hæredes, §. an ea, ff. fam. herc.* nihil aliud præsupponit, nisi promissionem siue dispositionem ex parte concedentis, & à parte alterius acceptationē, quæ cum sit consensus, per eū, cui quid promittitur siue relinquitur, adhibendus siue interponendus, tā fieri potest ab eo, qui non habet vicinum prædium, quam ab habente, *l. si stipuler, §. fin. l. continuus, §. si hominem, ff. de ver. oblig.* Unde cum hîc non agatur de actuali constitutione seruitutis, sed id modo quæratur, an promissa censeri debeat seruitus prædialis, & ex adiectione fundi dominantis appareat, promittentem & acceptantem de seruitute reali sensisse, iure merito concluditur, prædialem seruitutem in obligationem videri deductam, quantumvis acceptans nondum vicinum fundum habeat. Constat insuper, in contractum aut vltimam voluntatem vtiliter deduci non ea modo, quæ quis in præsenti possit à debitore acquirere, sed illa etiam, quæ non possit acquirere, dummodo spes iusta subsit, euenire facile posse, ut acquirere subsequenti tempore valeat, *l. si rem meam, l. stip. ista, §. quæsitam, l. interdum, l. inter stipulantem, §. sacram, l. existimo, ff. de verb. oblig. ubiq; Dd.* Qui vero prædium vicinum non habet, in præsenti quidem seruitutem prædialem sibi promissā uel relictam acquirere nequit, poterit tamen in id tempus acquirere, quo fundus eius est futurus: vt proinde nondum habenti vicinum

cinum prædium ſervitus prædialis etiam promiſſa vel relicta cenſeri debeat, ſi verbis ea conceſsionis aperte monſtretur, *jur. præcit. Ead. l. fun us, ff. de ſerv. ruſt.* Et hæc quidem ſententia clara eſt & expedita, quando ſub expreſſa conditione ſervitus prædialis non habenti vicinum prædium promiſſa fuit, ſiquidem in ſtipulationibus conditionalibus defectus tempore ſtipulationis non inſpicitur, dummodo tempore conditionis evenientis reperiatur deficere, *d. l. ſi rem meam, ubi Dd. & in d. l. exiſtimo. Cujac. in l. ſi Stichum, ff. de verb. oblig.* Sed cum ſimpliciter non adjecta nominatim conditione promiſsio fit, majorem illa dubitationem habet, ſiquidem habilitas perſonæ reiq; exigitur tempore contractus, quando per appoſitionem conditionis non eſt ſuſpenſus, *Dd. in d. l. exiſtimo.* alioqui contractus eſt inutilis, *l. si morem ſu um, ff. de verb. oblig. l. qui decem, §. Stichum, ff. de ſolut. & utrobiq; not. per Dd.* Verum nihilominus defendi poteſt, promiſsionem juris, quæ propter nuncupatum in ea prædium vicinum, cujus ad utilitatem uſurpare liceat, de ſervitute prædiali non immerito intelligitur, etiam ſimpliciter ſine expreſſa conditionis adjectione non habenti vicinum prædium factam, valere atq; ſubſiſtere, prout expreſſe docuit *Joan. ab Imol. in d. l. exiſtimo, & ibid. Alciat. numer. 6.* idque per text. ibidem, quo Marcellus citra ullius conditionis adjectionem profitetur, viam ſtipulari me ad fundum poſſe, quanquam interim fundus non ſit meus: Nec enim ad diſpoſitionem ſub expreſſa conditione factam generale Marcelli dictum reſtringi poterit, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præſt.* ac ſi in hoc ſecundo exemplo non minus quam in primo conditionem expreſſam, ſtipulationem cenſuiſſet eſſe neceſſariam, non minus in eo, quam in priore conditionis meminiſſet: quod cum non fecerit, an non ſatis hoc ipſo innuit, viæ ſtipulationem ad fundum ab eo qui non ſit fundi dominus etiam ſine conditionis adjectione factam valere: Nec urgeas particulam *item*, quæ repetitiva præcedentium dicitur cum iiſdem qualitatibus, *l. in repetendis, ff. de legat. 1. Dd. in l. 1. ubi præ cæteris Caſtr. ff. de publ.* Repetit enim id, ejusve qualitas, ad quod refertur, non alia quælibet ab illo diverſa: refertur autem *in d. l. exiſtimo*, non ad præcedens ſtipulationis exemplum, nec ad verba ſtipulari poſſe, prout vel ex eo patet, quod in hoc ſecundo exemplo nominatim repetuntur, ſed ad verbum *exiſtimo*, cui cum non ſit adjecta conditio, ſed verbo ſtipulari, certe nulla ratione conditio poteſt intelligi repetita, prout ſingulariter notat etiam *Alciat. in d. l. exiſtimo, numer. 8.* & juvatur ex traditis *per Caſtrenſ. & alios in d. l. 1.* Qua ratione ſimul id perſpicitur, dictione *interim* ICtum illud interſtitium denotare, quod intercedit, antequam ſervitus in ſtipulationem ſive diſpoſitionem deducta actu conſtituatur, *l. quoties v. a, ff. de ſervitut. l. ſi ſub una, §. ſi quis viam, ff. de verbor. obligatio. cum ſim lib.* Deinde ſtipulationem rei, quam non quidem tempore conventionis initæ, tamen in poſterum quandoque dari poſſe ſpes juſta ſubeſt, omnimodo valere, non obſcure probat tex. *l. inter ſtipulat. §. ſacram, ubi Dd. maxime Alciat. numer. 1. ff. de verbor. oblig.* id quod ex eo ſimul adjuvatur, quia diſpoſitio quælibet ſuſtinenda, quantum commode fieri poteſt, ut valeat potius, quam pereat, *l. quoties de actione b. ff. de reb. dub. c. abbate, ff. de verbor. ſignificat.* nec eam elegiſſe viam in dubio præſumuntur contrahentes, qua placita ſua prorſus evertantur, *§. idemque juris, inſtit. qui & quib. ex cauſſ. manum.* Hic vero ſpes procul dubio juſtiſſima ſubeſt, præſtari ſervitutem ſtipulatori quandoq; poſſe, cum ſcilicet prædium vicinum acquiſiverit. Quidni cenſeamus igitur, etiam ſine conditionis adjectione promiſſionem ſervitutis prædialis non poſſeſſori vicinæ poſſeſsionis factam ſubſiſtere. Tertio confirmatur etjam, quia

quia sicut ex parte acquirentis requiritur continua sive successiva ad acquirendam & retinendam servitutem usurpatio, *l. via, §. usus, l. servitutes prædiorum, 14. l. quoties via, ff. de servitut. l. servitutes quæ, l. foramen, ff. de servitut. urb. l. si mihi, l. & Attelucin. ff. de servitut. rusticor. ac per t. t. ff. quemadmod. servit. amitt.* ita ex parte domini fundi servientis non sufficit ab initio passum esse, vel non fecisse, sed exigitur, ut toto tempore durantis servitutis patiatur aut non faciat, *l. si ego, §. 1. ff. de Public. l. quoties nec, §. servitutum, ff. de servitut. l. 2. l. hac autem, l. si testamento, ff. de servitut. urb. l. 1. in fin. ff. de servit. rusticor. l. potest, ff. commun. præd. l. 3. §. si iter, ubi Castrens. ff. de actio. empti:* eoque promissio servitutis successivam quodammodo perpetuamq; caussam importat, *l. foramen, ff. de servitut. ubi* [illegible] Quoties autem stipulatio caussam non momentaneam, sed successivam continet, non inspicitur defectus tempore promissionis interveniens, dummodo subsequenti tempore cessare possit, *l. stipul. ista, §. quæsitum, ubi Castrens. num. 3. Alciat. num. 2. Zas. num. 13. ff. de verb. oblig. Angel. in l. si rem meam, cum quo transit ibid. Alexan. num. 2. ff. de verbor. obligatio.* Quartò, non parum suffragatur illa interpretum theorica, promissionem sine conditione conceptam, quæ non potest á principio effectum sortiri, quia stipulatoris nihil interest, ex post facto confirmari sive convalescere, si postmodum stipulatoris interesse incipit, *Bartol. post Guil. de Cun. in l. 1. in princip. ubi Bald. in add. num. 2. & An[illegible] ff. de pact. Innoc. in c. accedens, ubi Io[illegible] ab Imol. de præb. Bartol. in l. stipulat. [illegible] §. alteri, num. 10. ubi post alios Alexan. num. 19. Zasius numer. 37. 38. & 39. Alciat. num. 38. dicens hanc sententiam ceteros communiter sequi, ff. de verbor. obligatio.* Quamvis igitur nostra promissio non possit á principio effectum sortiri, quia stipulatoris nihil interest, quamdiu fundum vicinum non possidet, quia tamen acquisito eum vicino prædio intererit, utiq; necesse est illam ex postfacto tum confirmari, & effectum habere, *per prædicta.* Deniq; licet expresse non fuerit adjecta conditio, tamen vel ea ratione promissio valebit, quia tacita nihilominus conditio subaudienda venit, *Joan. ab Imol. in d. l. existimo, ubi Alciat. num. 6.* cum ex natura rei promissæ, hoc est, servitutis prædialis, quæ tunc demum præstari vel acquiri poterit, quando stipulator vicinum possidebit, ut ex ea dilationem pura quoq; promissio capiat, ac tunc demum actio incipiat, quando per rerum naturam præstari poterit, *l. interdum, ubi Dd. ff. de verbor. obligat. & l. 1. ff. de condict. & demonstrat.* tum ex voluntate contrahentium, qui cum sciverint, præsenti tempore servitutem acquiri minime posse, tacite futurum eventum respexisse, idq; tempus complexi videntur, quo stipulator fundum vicinum habiturus est, *d. l. interdum.* Ac licet fundus ipse cui servitus venit acquirenda, sit in rerum natura, non tamen ea propter servitus promissa eius est naturæ vel conditionis, ut stipulatori ratione fundi præstari, constitui, vel existere queat, *l. 1. l. proprium, & l. seq. ff. commun. prædior.* Proinde cum ipsa per sese & principaliter, neutiquam vero fundus in obligatione sit, utique stipulatio promissæ servitutis simpliciter concepta non eam ob caussam, quod fundus actu subsistit, vitiari poterit vel debebit, sed á natura promissæ servitutis nondum existere valentis non minus tacitam in sese conditionem habere censebitur, si scilicet illa servitus actu produci poterit, quam haberet ab alia qualibet re, quæ in obligationem, antequam vel existat vel existere possit, deducta sit, *d. loc. interdum.* Quibus ita confirmatis apparet, non officere theoricam prius in contrarium adductam, de habilitate personæ reique necessaria tempore contractus sine conditionis adjectione celebrari, siquidem non procedit, quando stipulatio

caussam successiuã continet, aut in futurum stipulatoris interesse potest, vt paulo ante monstratum. Nec obstat *tex. l. nemo rem suam ff. de verb. obl. & l. qui decem, §. Stichum, ff. de solut.* si modo rationes diversitatis inter stipulationem rei suæ, & stipulationem seruitutis ad fundum, quem nondum stipulator habet, diligentius inspexerimus. Rei namq; suæ stipulatio propterea non in futurum euentum, quo fieri possit aliena, intelligitur esse collata, quia tenderet eiusmodi subauditio futuri euentus tacitæque conditionis ad amissionem, adeoq; partim occasionem non modicam negligentius tractandi vel administrandi res suas, vel etiam temere cõsultoq; citra vllam necessitatem vel vtilitatem alienandi præberet, partim etiam adversi casus expectationẽ quadantenus induceret: quarum utranq; cum jus nostrum, quippe quod non opitulatur amissioni, sed acquisitioni & conseruationi rerum apprime fauet, maximopere auersetur, euentum quo res fieri posiit aliena, cõtrahentes respexisse, & ab eo demum promissionis validitatem dependere voluisse, minime censet, *d. l. nemo rem suam*, quantumuis promissio si sub conditione expresse facta fuisset, cujus existentis tempore res inueniretur aliena omnimodo valeret, cũ res in obligationem deducta hominum commercio non fuerit exemta, & in euentum amissionis rei sibi prospicere, nemini sit interdictum, *d. l. si rem meam, & d. l. existimo. §. de ver. obliga.* Deinde si maxime subaudiendum foret, cum res desierit esse stipulatoris, tamen alterum horum consequeretur, vt aut à domino in promissorem res transferatur, aut citra translationem in promissorem dominus eam aliter habere desinat. Priore admisso, circuitus inanis exoriretur, domino rem suam ei præstante, quem protinus ad eandem sibi dandam tenet obstrictum: qualis quidem jure merito reprobatur, *l. dominus testamento, ff. de condit. indeb. Cicer. auditor. de restr. l. in conditionib. §. ult. ff. de reg. jur.* nec in effectu nisi æstimationem siue pretium dominus consequeretur, quod si dari sibi voluisset, idipsum stipulari potuisset, *d. l. nemo rem suam.* Posteriore posito, promissor præstandæ rei facultatem vix haberet, cum vel perierit illa, vel ad eum deuenerit, à quo vel omnino non redimere, vel non sine dispendio liceret: non est autem verisimile, promissorem sibi tam graue præjudicium simplici promissione asciscere, tantumq; oneris imponere voluisse, vt proinde in dubio per subauditos intellectus contra intentionem suam prægravari minime debeat, *l. non omnis, ff. si cer. pet.* Isthæc vero singula ex instipulatione seruitutis ad fundum, quem nondum stipulator habet, locum vendicare nequeant, vtiq; non licebit ad eam extendere, *d. l. nemo rem suam, & d. l. qui decem, §. Stichum.* Nec quis objiciat *l. si sub una, §. si quis via ff. de verb. oblig. & l. pro parte, ff. de servit.* quibus extingui perhibetur stipulatio seruitutis prędialis habenti prędium facta, si postea prædium stipulator pro parte vel in totum habere desinat ante servitutis constitutionẽ, vt proinde multo magis impediri videatur, si sit a principio facta simpliciter non habenti prædium vicinum, cum facilius impediatur, quod fieri debet, quam factum tollatur, *l. patre furioso. ff. de his qui sunt sui vel alie. jur.* Quod enim stipulatio seruitutis prædialis euanescit stipulatore prædium alienante, nil mirum, quandoquidem eo casu non modo argumenta, quib. stipulationem á non habente prædium vicinum factam valere ostendimus, non procedunt, sed insuper ipse stipulator etiam efficit, ne sibi præstari posit ad fundum seruitus: Quoties enim per creditorem fit, ne res debita præstari posiit, debitor nexu precedentis obligationis eximitur, *l. legis Aquiliæ, 54. ff. ad leg. Aquil. l. si stipulor, 31. l. inter stipulantem, §. si rem, ff. de verb. oblig. Fac. l. in jure civ. ff. de reg. jur.* Deinde cum ab initio protinus

tinus valuerit, & effectum habuerit stipulatio, quippe stipulatore tunc prædium habente, promissor casum alienationis supervenientem ante constitutionem prævidere minime potuit, eoque nec tali casu promissionem suam in eventum recuperationis futurum conferre voluit, ac si maxime prævidisset casum alienationis, quia tamen promissio satis aliàs valitura est citra subauditionem, non in eventum futurum recuperationis eam tacitè contulisse crederetur. Atqui iam hæc, quam præcedens ratio deficit, quando stipulator ab initio non habet fundum vicinum: itaque nec immerito promissio simpliciter ei facta sustinetur secundum prædicta, cum regulæ, quæ ex *d.l. patre furioso*, depromitur, locus non sit, quando non eadem in impediendo illo, quod fieri debet, ratio subest, quæ in facto tollendo. *ut not. in d. l. patre.* Denique nec officit, quod *Franc. Aret. in d.l. existimo, numero 2.* contendit, nisi restringatur assertio Marcelli ad stipulationem viæ à non domino sub expressa conditione factam, rationem ICti ibidem non fore sufficientem, quippe quam evitare liceret, dicendo, absurditatem istam consequi solum, si stipulatio esset suspensa in eventum conditionis. Quod enim ICtus in subiecta ratiocinatione, nominatim præsupponit eum casum, quo fundi dominus viam sub conditione stipulatus est, propterea factum, quia servitute purè domino fundi promissa, confestim perimi stipulationem alienatione subsecuta, constat ob caussas modo prolatas, *per d. l. si sub ante. §. si qui viam, ff. de verbor. obligationibus.* Oportebat autem ad intentionem fundandam eum assignare casum stipulationis a domino fundi factæ, quo stipulationem subsequêre fundi alienatione perimi sit absurdum, id quod tum demum evenit, quando fundi dominus viam sub conditione stipulatus est, eaque pendente fundum alienavit. Est enim isto casu absurdum, protinus evanescere stipulationem propter alienationem pendente conditione interveniente, cùm fieri possit, vt tempore conditionis existentis, quod cumprimis videtur attendendum, maxime intersit stipulatoris, servitutem promissam actu constitui, si scilicet ante conditionem existentem fundum recuperet: Hæc vero absurditas, non inde tantum sequitur, si negetur, stipulationẽ servitutis sub conditione a non domino factam valere, verum etiamsi statuatur, stipulationem servitutis à non domino simpliciter sine expressa conditionis adiectione factam nõ subsistere; siquidem si stipulatio ab initio per non dominum simpliciter concepta foret invalida, licet eius interesse tempore subsequenti maxime posset, multo minus ea quæ rite ab initio per dominum sub expressa conditione facta fuit, post alienationem fundi sustineri poterit amplius, licet conditio pendeat, fieriq; possit, ut ante conditionem existentem fundũ recuperet, quia alienando non tantum efficeret ipse, ne sibi promissa præstari queat servitus, ac proinde longe deteriore loco esse oporteret, *l. si stipulator, l. inter stipulantem, §. si rem, ff. de verb. oblig.* quam is, qui viam simpliciter stipulatus, efficere nititur, vt ea propediem sibi præstare queat, *l. si seru. §. vlt ff. de seru. vrb. l. Labeo, ff. de seru. rust.* Sed & stipulationem nondum perfectam nec consummatam deduceret ad eum casum, à quo non potuisset incipere propter defectum mixtæ considerationis rei & personæ: quo casu etiam ea quæ rectè ab initio constiterint vitiari, tradit *Bartol. in l. pluribus §. & si placeat, nu. 4. & cæteri Dd. ff. de verbor. obligationib.* Ac si maxime daremus, absurdum à Marcello consideratum ex stipulatione saltem conditionali consequi, quia tamen partium attenta voluntate & intentione stipulationi per non dominum factæ tacita quasi conditio inesse deprahenditur, vt tunc demum convalescat, effe-

effectumq; sortiatur, cum stipulator fundum acquisiverit, vt antea monstratum, vtiq; non minus ex negatione huius, quam stipulationis à non domino sub expressa conditione conceptæ, absurdum illud consequeretur. Imo nec illud inusitatum jure nostro, vt quandoq; ratio, præsertim à contrario vel absurdo petita, eoq; nec potissima sive præcipua, sit angustior dicto, quod tamē ea propter minime restringi possit, *ut in inst. de fiduci. tutel.* vt proinde in proposito, nisi ratio subiecta satis aliás generalem ICti assertionem probe confirmaret, vel hac de caussa tanto minus restrictio foret admittenda, cum præsertim generalis illa dispositio non hac uncia, ob congruentiam cum priore legis casu potissimum vsurpata ratione nitatur, sed aliis etiam argumentis & jurib. in stipulatione servitutis per non dominum simpliciter facta peræque vel præcipue militantibus, pauloq; ante assignatis non obscure compro-
27 betur. Cœterum † quando ignoravit concedens, alterum non esse possessorem fundi uicini, ac sub nomine juris concessit sine adiectione fundi, pro cuius vtilitate vsurpare liceat, non erit concessa servitus prædialis, vt hic limitatio nostra sibi locum vēdicet. Etenim licet eiusmodi sit jus, quod alioqui prædio competere solet & potest, & concedens ignoraverit, alterum non esse vicinum, tamen in proposito non subesse quicquam reperitur, vnde firmiter concludatur, alicui certo prædio fuisse concessum, siquidem ex ipsa concessione tale quid non apparet, multo minus ex eo, quod is, cui fit concessio, prædium quoddam vicinum habeat, qui ippe qui supponitur eo plane destitutus esse. Interim vero, quia sub nomine juris concessio facta fuit, hoc operabitur, ne in dubio personalis rantum obligatio intelligatur, sed ex parte concedentis afficere fundum, in eoq; personæ servitutem tribuere dignoscatur, prout satis liquet ex traditis supra *ampl. 5. & exercit. 6. lim. 2.* Sin autem eum non habere vicinum prędium ignoravit, cui sub nomine juris concessit cum assignatione fundi vicini, cuius ad vtilitatem vsurpetur, cō cessio plane non subsistere videtur, vti nec tum, quando non expresse quidem fundum assignavit in ipsa concessione, aliunde tamen evidēter apparet, eum vicino cuipiam prędio id juris omnino competere voluisse. Quod enim servitus prædialis esse nequeat, inde perspicuum, quia cum primis ad sustinendam concessionem servitutis non habenti vicinum prædium, cui competere illam oportet, simpliciter factam, est necessarium, concedentem eius fuisse voluntatis, vt concessio, quę nunc effectum non est habitura propter impedimentum subsistens, in id tempus omnimodo valeat, quo stipulator prædiј dominus effectus fuerit. Nam quæ paulo ante pro sustinenda concessione servitutis prædialis non habenti vicinum prædium simpliciter facta, fuerunt ponderata, voluntati contrahentium, ac præcipue concedentis innituntur vniversa, cum si verba concessionis attendas, præsens illa tempus respiciant, nec ab euentu futuro conditionis instar dispositionem suspendant, *l. si à colono, 89. l. si ita stipulatus, 120. l. cum stipulatur, 125. ff. de verb. obligat.* imo regula juris etiam inutilem eius rei stipulationem pronunciet, cuius commercium stipulator conventionis tempore non habeat, *l. multum interest, ff. de verb. oblig.* Uerum non eam hic fuisse concedentis intentionem, hinc apparet, quia nesciuit eum, cui concedit, non habere illud prædium vicinum: Qui vero promissionem non nisi temporis progressu, cum quid evenerit, valere posse, & inhabilitatem partim in re, partim in alterius persona subesse, probabiliter ignoravit, is cōcedendo simpliciter sine illius conditionis adiectione, sine verbis in futurum tempus collatis, certe videtur ea mente promittere, vt se protinus

dinus obstringat, prædioq; servitutem præstet, *l. eum qui Calend. §. quoties, junc. l. si filius fam. ff. de verb. oblig.* Cuius porro consequens est, eum nil minus voluisse, quam vt a futuro demum euentu, & quidem tali, quem ne quidem cogitare potuit, sua penderet concessio, tacitaq; subaudiretur conditio, vel eo magis, cum ut inter omnes expeditum, voluntatem disponentis ad incogitata trahi minime posse, *l. mater decedens ff. de inoff. test. in quam sententiam plurima congessit Menoch. cons. 195. n. 16. vol. 2.* Deinde si argumenta superius adducta exactius intueamur, facile depræhendemus, illa non aliam ferme ab caussam evincere, concessionem sine conditionis adiectione non habenti vicinū prædium factam in euentum futurum tacite fuisse collatum, quam ne sit admittendum, promissorem celebrare contractum plane frustratoriū, & illudere stipulatori voluisse: quod in proposito nostro non euenit, siquidem concedens propter ignorantiam subsistentis impedimenti omnino puravit actum vtiliter valideq; celebrari: Vnde sententia prius comprobata vix in casu nostro sustineri poterit. Nec minus ex eo quoq; probatur, quod stipulatore ante constitutionem servitutis prædium alienante, extinguitur stipulatio, quantumvis progressu temporis prædium recuperare possit, *l. si sub una, §. si quis viam, ff. de verb. oblig.* non propterea modo, quia per stipulatorem fit, ne præstari possit, sed vel maxime, quia subsequentem alienationem minime prævidit promissor, eoq; nec in euentum recuperationis disponere potuit. At hic stipulatorem si spectes, similiter per eum fieri videtur, ne præstari possit, cum quidem acquirere illum posse servitutem concedens omnino sibi persuasum habuerit, adeoque minime præviderit, eum destitui prædio. Quare nec in eventum acquisitionis prędij futurum disponere potuit, nec magis hęc ab initio stipulatio valebit, quam si deinceps stipulator prædium habere desijsset, *arg. d. l. si sub una, §. si quis viam, juncta l. illud, ff. ad legem Aquil.* cum præsertim alioqui facilius impediatur stipulatio, quam interposita tollatur, *l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alie. jur.* Deniq; cum per nullitatē concessionis absque culpa sua emergentē a præstatione seruitutis liber esse posit, grauissimum certe durumq; fuerit, ignorantem necquicquam tale opinantem astringi nihilominus ad seruandam promissionem, cum deuenerit ad eum casum, quo incipere potuisset, adeoq; pręstādam seruitutem, cum tamen in dubio pro debitore contra creditorem fieri debeat interpretatio, *l. quicquid astringenda, ff. de verb. oblig. cum simil.* & servitus ipsa cum ipsa nimis onerosa, tum odiosa sit, vt ab eius præstatione quisq; promissor, quacunq; ratione fieri possit, liber esse cupiat: tantum abest, vt cum liber eo casu, quo promisit, esse jure posit, eundem in alium casum, quem nec expresit, nec cogitare quidem potuit ignorantia facti præpeditus, seruitutem tacite spopondisse, censeri debeat, cum præsertim in stipulationibus id servetur, vt quod minus est, quodque levius & minus onerosum, in obligationem deductum videatur, *l. Arrian. ff. de action. & obligat. l. si ita stipulatus, 109. ff. de verborum obligationib.* Personæ vero seruitus multo minus esse potest: Quamuis enim alibi docuerimus, personæ servitutem esse posse, quantumvis vtilitatem alicuius prædij concernat, tamē in proposito concedens ad fundum jus restrinxit, eique competere illud oportere, non obscure significavit, vt contra voluntatem concedentis aperte denotatam traducere, vel accommodare concessionem ad seruitutis genus plane diversum, nobis integrum non sit. Ac si maxime de servitute personæ quærenda intelligeremus, tamen cum propter actionem fundi, non vltra, quam quatenus ad eum ipsum opus est, vsurpare liceat,

l. ergo.

l. ergo, ff. de seruit. rust. stipulator autem fundo illo sit destitutus, non aliter promissio posset effectum habere, quam si futuro tempore fundum illum stipulator acquireret, quod plane adversatur voluntati concedentis, quippe ignorantis eum fundo destitui, vt proinde hic eadem obstent, quæ modo contra servitutem prædialem adducta sunt, prout etjam obstarent, si promissionem diceremus in vim simplicis obligationis quo ad factum creberrime pro libitu repetendum, esse sustinendam: quanquam hoc vltimum ea quoq; de caussa nõ possit admitti, quod jura nostra promissionem rei, quã stipulator conuentionis tempore acquirere non potest, non ab euentu futuro, quo poterit acquirere, tacite uel expresse suspensam, simpliciter invtilem & invalidam pronunciant, *l. scire, §. si à fure, l. multum interest, l. nemo rem suam, ff. de verb. oblig. cum simil.* Ve-
28 rum †ista singulariter limitanda procedere tum demum, quando simpliciter siue parte facta est concessio, vel adiecta est conditio, quæ tum tamen extitit, quando stipulator fundum non habebat: Secus vbi concessio facta sub aliqua conditione, cuius existentis tempore stipulator fundũ habet: tunc enim nihil officere videtur, ignorasse concedentem tempore conuentionis initæ, stipulatorem non habuisse prædium, siquidem non ob defectum in alterius persona req; subsistentem promissio suspenditur, eoq; nec præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, *c. non præstat, de regulis juris in 6.* sed ipse concedens adijciendo conditionem, voluit promissionem valere tum demum, quando eueniet conditio: quo tempore cum stipulator fũdum habeat, cui seruitutem promissam possit acquirere, jure merito secundum voluntatem quoq; concedentis valeat concessio, prædioque præstetur seruitus, necesse est, *d. l. existimo, & ibi not. per Dd. ff. de verb. oblig.*

Limit. 6. quando concessio sub 29
nomine juris gratuito fit inter viuos, neutiquam donatio seruitutis perfecta intelligitur, sed precario potius facultas agendi habendiue quidpiam in alieno tributa censetur, per dominum reuocanda, quam primum ei libuerit, *Angel. in l. si precario, ibi Bal. n. 3. Cast. n. 4. ff. comm. prædior. Capolla de seru. vrb. c. 79. nu. 6.* moti *per tex. ibi.* Quod enim ICtus de concessione gratuita loquatur, non quæ sub expresso precarij nomine, sed simpliciter facta fuerit, hinc apparet, quia subdit, maceria posita non intelligi seruitutis perfectam donationem: quæ quidem assertio de casu foret indubitabili, cum sit jure notissimũ, quod expresse concessum sub nomine precarij, non id esse donatum, *l. 1. ff. de precar.* Imo vero verbum *intelligitur* ibidem vsurpatum non obscure demonstrat, de concessione ICtum agere, non quæ verbis omnem dubitandi caussam plane præcidentib. concepta sit, sed cuius de intellectu disceptatur, quæve quomodo sit intelligenda quæritur, prout ipsa verbi huius significatio, eiusdemq; in jure nostro frequens eo sensu vsurpatio evincit, *l. cum quid, ff. si cer. pet. l. eum qui ita, in pr. l. qui vsumfr. l. huiusmodi stip. l. ubi autem non ap. l. Titia, §. penult. ff. de ver. oblig.* Quod igitur ICtus in principio ait, precario vicinum in tuo maceriam duxisse, non id eô dixit, quia nominatim de precario in concessione fuerit actum, (nec enim vllibi tale quid ICtus asserit,) sed quia ex concessione precarium solummodo, non donatio potuit elici. Rursus etsi diserte non edixerit ICtus, eam sibi concessionem esse propositam, quæ sit concepta per verba jus designantia, tamẽ ei decisionem ICti omnimodo competere, cum inde perspicuum, quod indistincte ICtus loquitur, non restringendo sese ad factum, tum etjam ex eo quod subijcit, cum cui facta concessio, non vtiliter intendere, jus sibi esse invito domino ædifica-

tum

rum habere: hanc enim formulam, qua solenniter olim confessoria intentabatur, *prout notat inter alios Briss. lib. formul. 5. fol. 476. edit Francof. v. confessoria plane* in proposito inutilem esse, ICtus nominatim non fuisset ostensurus, nisi tali de concessione loqueretur, quæ seruitutem alioqui potis esset importare, nisi gratuito facta foret: deniq; propterea, quod in concessione in factum sonante res sit omnis dubitationis expers, cum tantum absit, illam pro donatione seruitutis haberi posse, vt ne quidem pro venditione seruitutis, aut quavis alia onerosa seruitutis acquisitione posit haberi, quippe quæ factum in obligatione, non jus ipsum seruitutis continet, *l. 2. §. item & si in facto, ff. de ver. oblig.* Sed & prętér *tex. d. l. si precario*, probatur ea ratione, quod vbi potest haberi coniectura vel interpretatio, qua subesse statuitur alia quam donationis caussa, modis omnib. ea venit amplectenda & præferenda, *l. si uno, in pr. ff. locat. l. Campanus, ff. de operis liber. in quam sententiam plures congerit Tira. in l. si unquam, verbo, donatione largitus, n. 207. & 208. C. de reuoc. don. Menoch. de arb. jud. lib. 2. casu 88. nu. 1. & 2. Mozius de contrac. t. de don. sub rub. de naturalib. don. num. 3.* vel eo magis, cum pro debitore illa faciat, pro quo aliàs interpretatio est etiam facienda. *l. quicquid astringenda, ff. de verb. oblig.* Talis vtique potest hic omnino haberi, si scilicet precario saltem jus intelligatur esse concessum, quod ad libitum concedentis revocari queat, etiamsi precarij nomen expressum non fuerit: eoq; nemini mirum videri debet, ex præcitata concessione minime donationem colligi. Iam vero seruitus pręsertim prædialis est odiosa, *Angel. & Castr. in d. l. si precario*, & res maximi præjudicij, quippe quæ fundi conditionem longe deteriorem reddit, *l. de pupillo, §. Sextus, ubi Dd. ff. de nou. oper. nunc.* eumq; semper & perpetuo comitatur, *l. cum fundo, ff. de seruit. rust. cum fundus, ff. com. præd.* Quî poterit igitur ex promissione simplici citra subsistentem caussam facta præsumi protinus donata seruitus, cum ne quidem res minoris præludicij suas jactare quisquam vel donare credatur, *l. cum de indebito, ff. de prob.* nec in dubio donatio præsumatur, *l. Nesennius, ff. de nego. gest. l. vtrum, ff. de don. inter vir. & vx. Bart. in l. qua dotis ubi Dd. ff. solut. matr. Dd. in l. à Titio, ff. de verb. obl.* Sed aduertendum, hanc limitationem procedere tum quidem, quando conceditur id, quod ad tempus in alieno exerceri vel haberi solet & potest, puta, ire, agere, ducere quid per alienum, arenæ, calcis aut lapidũ aceruum in alieno habere, vel etiam ducere maceriam, *ut in d. l. si precario*: Quamuis enim illa vocetur ædificiũ, quia solo, cui superstruitur, quadantenus adhæresciт, eaq; ratione paries etiam dicitur, *l. quantum ad jurus, 157. ff. de verb. sign.* recte tamen ea quoque temporalibus illis connumeratur, quandoquidem fundamento sub terra destituitur, ac sine cęmento seu calce aliaue compactione de lapidib. in superficie soli construitur, illaq; de caussa nec vt ædificia in solo fundata durabilis est, ac facile sine magno cõstruentis dispendio tolli potest, *gl. in d. l. si precario, vbi Bald. & Cast. nu. 6. Capolla d. c. 79. num. 1. Alciat. in d. l. quantum adjuris, num. 3.* Cum vero † conceditur id, quod ad tempus fieri minime consuevit, sed vt perpetuo sit, puta, immittere tigna, vel facere foramina pro sustinendo tecto, aut alia quauis ædificij mei parte, magis est, vt præsumatur donatio seruitutis, prout singulariter etiam tradidit *Cast. in d. l. si precario, n. 4. dicens hanc esse veritatem, ac perpetuo menti tenendum esse censet Capolla de seruit. vrb. c. 79. n. 7.* Hic enim vltra juris concessionem etiam rei concessę natura conditioq; superuenit, quam verisimile non est contrahentes ad id vsq; tempus restrictam voluisse, quo vsque libuerit promittenti, cum, quod ex rei natura sit æstimanda promissio, *l. vnic. §. ne autem, C. de caduc. toll. Menoc. cons. 259. num. 22. lib. 3.* verbaq; 30

ſecundum ſubiectam materiam intelligenda, *l. ſi uno, ubi Dd. ff. loca. Tiraq. multa cumulans in rep. l. boues, §. hoc ſermone, lim. 18. n. 2. ff. de ver. ſign. & in l. ſi unquam, verbo, reuertatur, n. 36. 37. & 38. C. de reuoc. don.* tum, quod alioqui magnum detrimentũ ſentiret alter, qui non modo tigna eximere, foramina obſtruere, ſed & quicquid illis maximo ſumtu ſuperſtruxit, ſimul euertere cogeretur: quod oppido foret iniquum, eoq; deuitandum, *l. non debet alteri, junc. l. ſemper in dubiis, ff. de regul. jur.* ſiquidem illa interpretatio non eſt recipienda, qua alter contrahentium alteri detrimentum, fraudē vel deluſionem afferre poteſt, *Cranet. conſ. 91. n. 11. vol. 1. Menoch. conſ. 55. nu. 23. vol. 1.* Nec obſtabunt hic, quæ modo adduximus. Etenim *d. l. ſi precario,* de maceria loquitur, quam temporalibus accenſeri jam diximus: quo minus autem cauſſa donationis, eiuſq; præſumtio in propoſito euitari, & præcarij quæat interpretatio fieri, partim veriſimilis mens contrahentium efficit, partim rei conceſſæ natura, graueq; damnum alioqui metuendum: quibus vtiq; magis deferendum, *l. utrum, ff. de don. inter vir. & uxor. d. l. ſi uno, ff. locat. l. quoties nihil, ff. de reg. jur.*

81 Limit. 7. Namq; † regula noſtra ſaltem in dubio, ſive in obſcura partium voluntate procedit, cum non aliunde certius apparere poteſt, quid conceſſum fuerit, *prout notabiliter cenſuit Bart. in l. Lucius, ff. de ſeru. ruſt. & in l. pater filiæ n. 8. ff. de ſeru. lega. Coraſ. in l. n. 123. ff. de ſeru. Menoch. de præſumt. lib. 3. præſ. 103. n. 29. & ſenſere Dd. ſuperius ad concluſ. principalem relati*: Longe ſecus, quando concedentis diuerſa voluntas eſt evidens, quod ex conceſsione ſeruitutem competere noluerit: Semper enim id obſeruandum, quod inter contrahentes actum eſt, *l. ſed Celſus, ff. de contrah. emt. l. emtione, 3. C. plus valere quod agi. l. ſemper in ſtip. ubi Dec. n. 1. cæteri, ff. de reg. jur. & in propoſito tex. notabilis in l. teſtatrix, §. plures, ubi gl. & Dd. ff. ſi ſeru. vend.* & aperta voluntati diſponentis omnimodo ſtandum, *l. in conditionib. ff. de cond. & d monſ. l. in conuentionib. ff. de verb. ſig. l. ult. in pr. C. quæ res pign. obl.* cum ſit pro regula traditum, quoties jure noſtro voluntas præſumitur diſponentis, ſemper id eatenus admittendum, niſi eundem voluiſſe contrarium evidenter appareat aut probetur, *ut eſt tex. in l. defuncta, ſub fin. ff. de uſufr. l. fideicommiſſa, §. ſi rem ſuam, l. Lucius, §. quæſitum, ff. de lega. 3. l. quæſitum, §. Celſus, ſcribit. l. fundi. §. liberto, ff. de fundo inſtruc. l. qui filiab. §. 1. l. licet Imp. ubi notat hanc theoricam Bart. n. 1. & poſt alios Iaſ. n. 4. ff. de lega. 1. l. ſi ita quis, 135. verſ. item quæſitum, ff. de verb. obl.* Quod vel eo magis hic expeditum, quando nec obſtant argumenta pro confirmatione principalis noſtræ cōcluſionis adducta, prout illa nec præcedentib. limitationib. refragantur. Ius quidē incorporale ab obligatione, in quā deducitur, ſolet eſſe diuerſum, multoque magis á facto quantumvis creberrime repetendo: at cum apparet, diſponentem ſive contrahentes nihil juris præter obligationem perſonalem inducere voluiſſe, ſimul id neceſſarium conſequens eſt, verbo juris in contractu ſiue diſpoſitione ſolummodo fuiſſe denotatum jus ipſum perſonalis obligationis, *per ea, quæ habentur in princip. inſtitut. de obligationibus* in quam obligationem deductum ſtatuatur ſecundum voluntatem concedentis non jus reale ſive ſervitus illa, imo nec jus perſonale, quippe nomine juris, ad obligationem denotandam duntaxat á contrahentib. adiecto, ſed factum ſolummodo, *l. 2. §. item & ſi in facto, ff. de ver. obl.* vel certe res aliqua corporalis ex alieno præſtanda jure obligationis, *l. ult. §. Lucius, ff. de contr. empt. l. Caius, ff. de ann. lega.* Requiſita vero ſervitutis, quantumvis adeſſent cœtera, nihilominus tam forma deficit, quam cauſſa ſive titulus, adeoque conſtitutio. Forma quidem ſervitutis eſt jus rebus ipſis inhærens, in quibus agere quid vel habere licet,

l. 1. &

l. 1. & 2. ff. de vsufr. Conna. lib. 4. commen. jur. civ. c. 7. n. 1. Eguin. Baro de diuid. & indiu. oblig. lib. 2. c. 1. versic. at via, iter VVesemb. in parat. ff. de seruit. n. 2. quale jus hic minime concessum esse liquet: Contractus autem vel vltima voluntas titulum sive caussam suppeditare nequit, cum appareat, in dispositione seruitutem minime fuisse concessam: quo fit, ut nec intervenerit constitutio, nec ad servitutem constituẽdam vigore concessionis agi possit: Subjectæ vero materiæ ratio tantisper habetur, dum ei non refragatur aperta disponentis voluntas, cuius & ostendendæ & sustinendæ gratia argumentũ á subjecta materia ducitur, *ut ex gl. l. & puto, §. 1. ff fam. herc. notat post alios Euerh. in lo. à subjec. mat.* quæve juri communi ac proinde subjectæ materiæ jure communi alioqui subnixæ, actusq; naturæ derogare potis est, *l. contractus, ff. de regul. juris, l. 1. §. si convenerit, ff. deposi. c. contractus, de reg. jur. in 6.* cumq; secundum voluntatem disponentis commodissime possit effectum sortiri dispositio, subjecta materia tanto minus est attendenda, *per ea, quæ tradidit Crauet. ad rub. ff. de lega. 1. n. 110. & cons. 415. num. 23. volu. 3.* Potior significatio ut in dubio præferenda, sic posthabenda semper ei, quod in contrarium actum esse apparet. cum verba ipsa, nedum potior illorum significatio, cedant ei, quod actum esse apparet, *l. 1. C. plus valere quod ag. l. non aliter, ff. de lega. 3. cum concor.* Euidens

12 † autem concedentis voluntas perhibetur, non tantum, quando verbis expressis asseruit, jus modo personale, non servitutem concedi, sed peræque, si conjecturis ostendatur legitimis sive jure approbatis, *d. l. li. et imp. per quem tex. ad hoc notabilem ita post Iac. de Are. statuit ibid. Bart. n. 2. Bal. n. 2. Castr. n. 9. Ioa. ab Imol. n. 2. Alex. n. 4. & late Iason n. 5. usq. ad 15. ff. de lega. 1. l. quidam testamento, ubi Bald. n. 2. Fran. Aret. n. 2. Zasius n. 5. ff. de vulg. & pup. Afflic. decis. 44. n. 15. Menoch. cons. 230. n. 25. lib. 3.* Ergo é concessione juris præsumi non poterit seruitus, cum quis precarió concessit, *l. si precario, & ibi not. per D. d. ff. comm. præd.* vel ita, ut per ipsum concedentem sive successores eius prestandum sit, quod alioqui si vera competeret seruitus, acquirenti per semetipsum ex alieno sumere liceret, *l. Annat. ff. de vsufr. lega. l. Caius, ff. de ann. lega. l. fin §. Lucius, ff. de contrah. emt. prout ampl. 9. notatum:* vel sublint aliæ conjecturæ non obscuré monstrantes, concedentem prædij sui libertatem imminuere concessione noluisse, *l. de pupillo, §. Sextus, ff. de noui op. nunc.* puta, si concedens promitteret in eodem contractu, se præstiturum interesse vel pœnam, si alienato prædio non amplius inde vtilitatem percipere licuerit: Nam si vera seruitus concessa foret, liceret ex alienato prædio vtilitatem percipere, ad quemcunq; possessorem illud pervenerit, *l. cum fundus, ff. comm. præd. l. cum fundo, ff. de seru. rust.* cujus cõtrarium, quia verbis hisce demonstratur, simul hinc est evidens, concedentem sub nomine juris, non veram seruitutem, sed obligationem peræque juris appellatione gaudentem intellexisse, *arg. d. l. cum fundo, & d. l. cum fundus.*

EXERCITATIO NONA.

De concessione per verba factum denotantia, quando personalem duntaxat obligationem, non servitutem importet?

SVMMARIA.

1. *Verbis factum denotantibus servitus concessa non intelligitur.*
2. *Tam in ultima voluntate, quam in contractibus.*
3. *Etiamsi persona, cui licere debet factum in alieno exercere, in concessione non fuerit expresse assignata.*

quaestione se obtinuisse dixit Alberic. Papiens. quem refert & sequitur Specul. t. de empt. & vend. §. 1. num. 24. Bart. in l. Lucius, num. 1. ubi Castr. num. 2. ff. de servit. rustic. Idem Bartol. in l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ubi Castr. nu. 1. Joan. ab Imol. num 9. Alex. nu. 1. Franc. Aretin. num. 6. Ias. n. 1. Zas. n. 3. ff. de lega. 1. Bartol. in l. pater filia, nu. 7. ff de servit. legat. Castr. in l. 2. §. item & si in facto, nu. 2. ubi Alex. n. 2. Aret. n. 15. sub not. 1. Jas. n. 6. Duar. ff. de verbor. oblig. Bartol. in l. stipulatio ista, §. si quis ita, num. 3. & 4. ibid. Ioan. ab Imol. num. 17. Alexan. num. 8. Donell. num. 8. 11. 12. ff. de verb. oblig. Cæpolla de servit. urb. c. 2. nu. 5. & 6. Ioan. ab Imol. in d. l. si sub una, §. si quis, num. 2. ubi Zas. num. 6. Alciat. in l. si si. 133. num. 17. & 18. ff. de verb. oblig. Coras. in l. 1. nu. 123. ff. de servit. Joan. Bolognet. in l. 4. §. Cato, num. 98. & 212. ff. de verb. oblig. Decius consil. 262. num. 1. & 7. Albert. Brun. de interesse, concl. 11. num. 66. Menoch. de retin. poss. rem. 6. num. 39. & 40. & lib. 3. præsumt. 103. num. 33. VVesenb. consil. 39. num. 2. vol. 1. & consil. 69. num. 4. tom. 2. Mascard. de probat. volu. 1. concl. 338. numer. 5. Probatur ea cum primis *textu d. l. apud Julian. §. si quis alicui, ff. de legat. 1.* vbi legatum alicui proponitur, licere lapides cedere: quod quidem jure servitutis vicino permitti posse non ambigitur, *l. veluti, ff. de servitut. rustic. l. venditor, §. si constat, ff. commun. præd.* Nihilominus Marcellus consultus respondit legatum ad hæredem legatarij non transire: cum quidem si servitus realis relicta fuisset, tantundem juris legatarius ad hæredem suum procul dubio transmitteret, quantum possedisset ipse, *l. pater filiæ, ff. de servit. legat. l. nihil aliud, ff. de verbor. signif.* Quid igitur in caussa, quo minus id legatum ICtos de concessione servitutis interpretari potuerit? Cum in textu non alia subjungatur, legati verbis id effectum esse, statuatur necesse est, quæ sub nomine juris minime concepta, saltem factum designant, & ideo principaliter id modo, non jus esse concessum denotant, *l. si maritus quondam, C. de donat. inter vir. & uxor. l. fin. ff. de calumn.* Nec minus ad rem faciunt *l. 2. §. item si in facto, versic. contra, l. stipulatio ista, §. si quis ita, l. quod dicitur patrem, 130. ff. de verbor. obligat. & §. sed cum factum, instit. de stipulat. servor.* in quibus omnibus eiusmodi facta, quæ jure servitutis etiam competere consueverunt, verbis stipulationis expressa videmus, nec tamen ideo servitutes vllæ, sed illa solummodo facta in stipulationem deducta perhibentur: quod fieri nulla ratione posset, nisi promissiones verbis factum denotantibus conceptæ, in dubio utve per sese nil juris præter simplicem faciendi obligationem importarent. Nec dicere licebit, illas faciendi stipulationes olim præcedentibus servitutis concessionibus subijci consuevisse, ut mirum non fuerit, si ICti morem sui temporis attendentes, habuerint eas pro meris faciendi obligationibus. Quod enim non eæ, de quibus loquimur, sed aliæ longe dissimiles, quibus ut plurimum nomen concessæ servitutis implicatum, puta, per te non fieri, quo minus mihi via, itinere, actu &c. uti liceat, sive, quo minus eo jure vtar, vel vti possim, illo casu potius vsurpatæ fuerint, non obscure colligere licet ex *l. quoties via, ff. de servitut. l. 3. §. si iter, ff. de act. empt. l. si stipulatus fuero, ff. de verbor. obligat.* Ac si maxime demus, etiam stipulationem *ire agere licere*, vel similes, quandoq; fuisse adhibitas, non tamen id ratiocinationi nostræ offecerit. Iam olim stipulationes illæ etiam citra casum præexistentis servitutis interponi potuerunt, & præcitatæ leges ita generaliter & indistincte loquuntur, ut citra divinationem, adeoque violentam restrictionem ad solum casum præexistentis servitutis coarctari vix possint. Rationes eiusdem regulæ, si placet, investigare, non infirmis illa reperietur subnixa. Facta enim & jura ita invicem diversa, ut quæ maxime, *l. si unus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. l. invitum, ff. de servit. ac post alios egre-*

vie Bolognet. in tr. de multiplici significat. & differ. juris & fact. Proinde quoties de facto solum concessio concepta, id obligationem solummodo, non jus vllum esse deductum fateamur oportet, *argum. l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. poss.* Nec ad rem pertinet, quod factum servitus ipsa in sese quodammodo complectitur: Non enim similiter è diverso comparatum, ut factum in sese vicissim contineat servitutem: nec minus illud citra servitutem permitti vel exerceri potest, quam jure servitutis competere consuevit. Quod si verbis tantisper inhærendum firmiter, nec aliter ab eorum significatione recedendum, quam cum manifeste docetur, aliud sensisse disponentem, *l. non aliter, 69. ff. de legat. 3.* nec nobis integrum fuerit in proposito, posthabita verborum proprietate servitutem verbis facti minime congruentem fingere concessam, præterquam ijs casibus, in quibus de servitute concedentem sensisse, manifestum est, quos inferius in limitationibus ordine discutiemus. Quinimo si concessione verbis facti concepta, servitutem diceremus esse promissam, id necessario sequeretur, ipsam quidem servitutem principaliter in obligatione esse, factum vero verbis expressum non nisi minus principaliter & in consequentiam, quia scilicet seruitutis cum acquirendæ, tum exercendæ & retinendæ gratia adhibetur, *l. quoties via, vers. ego puto, ff. de seruit. l. refectionis, ff. comm. præd. l. etsi forte, §. etiam, ff. si seruit. vendit. l. si partem, in princ. ff. quemadm. seruit. amit.* Hoc autem cum sit inconveniens, quandoquidem factum ipsum principaliter in obligationem esse deductum colligitur ex verbis ipsum principaliter & per sese denotantibus, certe non servitutem, sed factum ex illa concessione competere necesse est. Præterea si secundum concedentem & in eius favorem dispositio in dubio regulariter est interpretanda, ut pluribus Pandectarum locis prisci ICti testatum reliquerunt, *l. cum quæritur, ff. de reb. dub. l. Arrian. ff. de act. & oblig. l. stipul. ista, §. in stipulationib. l. qui sic, l. quicquid astring. l. qui ex plurib. ff. de verb. oblig.* quanto magis ratio juris exiget, ut verba pro eodem nativa & genuina sui significatione facientia in eo quem demonstrant sensu, convenienter accipiantur, cum præsertim voluntatis quæstio non admittatur, ubi nulla subest in verbis ambiguitas, *l. ille aut ille, ff. de legat. 3.* At hic negari non potest, verba concessionis accepta genuino sensu, planissime pro concedente facere, cum sint verba facti, non juris, nec obscure, sed clare factum solummodo denotent. Multo fortius igitur, de facto saltem non jure servitutis accipienda fuerint, cum etiamsi dubia vel ambigua forent, favore tamen concedentis de facto potius, quam servitute ipsa forent intelligenda, *d. l. quicquid astringendæ, cum similib. modo alleg.* Deniq; cum seruitus & odiosa sit, *Angel. in l. si precario, ibi Castr. num. 4. ff. comm. prædior. Cravet. consil. 896. num. 2. volum. 5. VVesenb. consil. 69. n. 15. tom. 2.* quippe libertati contraria, & præjudicij non exigui, ut quæ multum prædij servientis vtilitatem imminuit, nec id quidem ad tempus, sed in perpetuum, *l. seruitutes ipso, ff. de seruit. l. cum qui, ff. de seru. urb.* non illa regulariter imposita censetur, nisi probetur, aut verba concessionis id ipsum clare importent, *Zas. in d. l. apud Iulian. §. si quis alicui, ff. de lega. 1.* Proinde quia verba in proposito nihil minus, quam seruitutem sive jus designant, vtiq; vel hac de caussa, concessionem verbis facti conceptam de jure seruitutis interpretari minime licebit, *per prædicta.* Sed refragari videntur *l. seruitutes, 20. §. si domo, ff. de seru. urb. l. ii qui duo, ff. de seruit. rust. l. potest, ff. comm. præd. l. si à te, ff. si seru. vend. l. si partem, in princ. ff. quemadm. seruit. amitt. §. ult. instit. de seruit.* In quibus concessiones verba facti saltem continentes reperiuntur, nihilominus illic seruitutes inde vel debitæ vel acquisitæ censentur, prout tituli

tuli manifeste, sub quibus ponuntur, evincunt, & est cum primis perspicuum *ex d. l. si partem*, ubi Pomp. ait, post iter aquæ, factum non utendo intra tempus lege præstitutum amitti facultatem aquæ ducendæ: quæ si non competeret jure servitutis, sed simplicis obligationis, certe non utendo non amitteretur, *l. sicut, C. de praescr. 30. ann. & in princ. instit. de perpetuis & temp. act.* Quibus non incommode responderi posse videtur: Etiamsi verba facti saltem illic reperiantur, non præcise tamen sequitur, ea propter ex eis ipsam servitutem ICtos collegisse, aut elicere voluisse, uti nec illud protinus efficitur, vel ostenditur, illa ipsa verba in concessione servitutis, non alia, nec plura, nec pauciora fuisse vsurpata, adeoq; ICtos formulas ipsas, quibus concedens fuerit vsus, & quidem integras recensuisse: quod antequam ostendatur, firmi nihil contra assertionem nostram concluditur. Quamvis enim ICti multis in legibus tale quid fecerint, præsertim in materia servitutum, ut in titulis lib. 8. Pandectarum animadvertere licet: Longe tamen frequentius id ipsum prætermiserunt, cum brevitati studentes, tum abunde sufficere existimantes, retulisse, quæ sunt ad propositæ dubitationis cognitionem atq; dijudicationem scitu necessaria. Sane in adductis legibus non ipsas formulas aut certe non integras à ICtis esse assignatas, partim hinc apparet evidenter, quod alioqui textus antea pro conclusione nostra ponderati, in quibus ex orationis structura, solennes esse formulas propositas constare videtur, legibus in contrarium adductis vsque adeo contradicerent, ut cum eis vix congrue componi possent, siquidem in legibus hisce nihil depræhendere liceret, vnde probabilis aliqua ratio diversitatis posset haberi, cur in eis ex verbis in factum conceptis colligatur servitus, cum alias ex ejusmodi concessione nihil minus quam servitus eliciatur. Partim etiam ex earundem legum inspectione perspicuum: Nam *in d. l. ut qui cuo, ff. de servit. rustic.* verba, ut aquam &c. & in *d. l. si à te, ff. si servit. vend.* verba, ut mihi &c & *in d. l. si partem, in pr. ff. quemadm. servit. amitt.* verba, ut per eam partem, &c. non ipsam concessionis esse formulam, contextus arguit, cum particula conjunctiua *ut*, eique correspondens verbũ conjunctivi modi præcedentibus annectant sequentia, adeoque non minus hæc, quam illa ICti verba esse indicent. Sed esto: Subsequentia sint verba contrahentes: An propterea necesse fuerit admitti, omnia retulisse ICtos, quæ circa servitutis impositionem dixerat contrahens? Minime certe: Nec opus erat, exacte singula, præsertim genus omnibus æque competens attinentia proferre, cum tot locis alias inculcatum esset, servitutes sub nomine juris concedi solitas, ut speciem quamq; disceptationi propositam qualitercunque circumscriptione ab objecto verbis concedentis indicato ducta, prætermisso genere tacite subintelligendo denotare sufficeret: Prout idem quoque conspicitur *in d. l. servitutes, §. si quis come, ff. de servitut. urb.* multoque magis *in l. potest, ff. commun. prædior. sub t. instit. de servitut. §. ultim.* repetita, cuius autor Cajus nil curavit expressionem generis, contentus intendisse digitum in species, quas referre volebat, objecto qualitercunque descriptas & discretas: quarum quidem relinquendarum solennes formulas antiquitus vsurpatas eum non recensuisse particula conjunctiva *ne*, cum verbo eiusdem modi, argumento esse poterat. Verum enim vero quo magis propositæ difficultati satisfiat, placet aliam simul annectere solutionem, derivatam ex illa notabili theorica, qua traditur, textum legis aut statuti non esse trahendum ad aliud thema, quam ad id, de quo principaliter in lege quæritur, cœtera vero ex alijs legibus supplenda esse, atque declaranda, ut jurium correctio & repugnantia devitetur,

l. qui testamento in pr. ff. de testam. l. furiosum, C. qui test. fac. pos. Molin. in l. vn q. 10. C. de sent. quæ pro eo quod int. Fac. quod not. Duar. ad t. ff. de cond. inst. c. 4. vers. animaduertendum est: & post alios Hart. Pistor. lib. 1. quæst. 38. num. 22. Quo fit, vt qualitates ad actum necessariæ, in legibus de actu illo simpliciter disponentibus subintelligendæ, adeoq; cæteris è legibus supplendæ sint, *Bartol. in l. prætor, §. e-ritq; hac, ff. si. bonor. rapt. Alberic. de Rosat. in l. si quis in pr. test. ff. de lega. 3. Castr. in l. cum pater, §. ab instituto, n. 2. ff. de lega. 2. Hart. Pist. lo. rel.* Hinc ergo si quamque legum oppositarum expendamus, reperiemus singulas in terminis tam diversis á quæstione nostra loqui, vt cum ea neq; convenientiam vllam, nec quicquam commune habere videantur. Quid in *d. l. si quidno*, controvertatur, dilucide Paulus ipse explicat. Quæsitum est, inquit, an fundi superioris emtor, cui licet aquam in fundum venditoris inferiorem educere, possit ex alio fundo aquam accipere, scilicet in fundum superiorem emtũ, eamq; in fundum inferiorem educere. Rursus *in d. l. servitutes, §. si domo*, principaliter ambigitur, an is, cui licet ire agere, si ex plano aditus ad domum suam per aream servientem non sit, gradus aut clivos facere possit? Neutra lege in disceptationem vocatur, sit ne concessa servitus, nec quid aliud, vnde bona consequentia decisio quæstionis ejus colligi vel extrui possit: sed quod ad modum concessæ rei pertinet, quæ quidem permanebit ea ipsa, quæ concessa fuit, non alia fiet, sive motæ super modo dubitationi affirmative respondeatur, *ut in d. §. si domo*, siue negetur, *ut in d. l. si quis eno*. Adeo nihil ad propositum nostrum quæstio legis vtriusque facit, vt etiamsi factum, non servitus concessa foret, dispositio legis æque locum habitura videretur. Proinde nec decisio nostræ quæstionis hinc petenda, nisi malimus à separatis argumentati perpetam, & quod ad modum concessæ rei describendum atq; dignoscendum Paulus retulit, contra eius intentionem, ad alia plane diuersa, quæ forte nec ipsi per somnium in mentem venerunt, extruenda detorquere. Quid Caio propositum fuerit *in d. l. potest*, initium legis indicat: Ostendere quippe voluit, etiam in vltima voluntate servitutes relinqui posse. Huc igitur genera servitutum continua serie per eum subiecta spectant: Hoc autem thema vt à nostra quæstione maxime discrepat, ita nec ex eo bona consequentia quicquam ad istius decisionis quæstionem inferri potest. Etsi namq; servitus vltima voluntate relinqui possit, non effeceris inde, servitutem actu relictam esse in testamento: multo minus, è verbis facti eam relictam censeri. At servitutum, inquies, genera facti verbis illic expressa leguntur. Sane quidem; sed ad thema, quod ab initio proponitur, & ibi principaliter tractatur, omnia relata. Id Cajus vt euinceret, vel assereret, nihil intererat, quibuscunq; tandem verbis, juris an facti, paucis an pluribus, servitutes quas volebat, exprimeret. In *d. l. si à te*, proponitur iterum principalis quæstio legis expressis ICti verbis: an ex caussa emtionis immissum habens stillicidium in ædes venditoris, actione vel exceptione tuendus sit. Quilibet, opinor, animaduertit, hæc à nostra, quantopere dissideat, quamq; nihil ex hac ad nostram efficaciter colligere liceat. Siue actione, siue exceptione, siue vt opinione Iulianus asseruit, vtroq; auxilio sit vsus emtor, sua semper concesso constabit veritas, vt quod tempore concessionis fuit, etiamnum sit. Quid igitur mirum, si Iulianus eum non ageret, quib. è verbis conijeiatur emtio servitutis, talia verba adscripsetit, è quibus, si concessio servitutis in dubium vocetur, vix elici servitus vlla queat. Quanquam peculiariter etjam ad hanc legem dici poterat, non

in ea simplicia facti verba esse, cum stillicidij nomen relatum ad fundum alienum ipsam stillicidij seruitutem denatare consueuerit, *l. si arborem, §. hac lex, ff. de seru. urb. l. cum in lege, ff. de contrah. emtio.* perinde vt lumen etiam servitutem luminis designare perhibetur, *l. lumen, l. si seruitus, ff. de seru. vrb. Donell. lib. 11. com. de iure civ. c. 5. vers. hanc eandem.* Immittere vero, quam vis facti sit, non nisi in consequentiam iuris principaliter concessi, cui quoad impositionem & vsurpationem necessario cohæret & inesse dignoscitur expressum. Quid vero in *d. si partem*, principaliter tractetur, satis inscriptio tituli proderet, nisi ex ipso quoq; textu foret manifestum, id agi num quid iuris amiserit venditor intra legitimum tempus aquam per fundi partem venditam in reliquam suam ducere cessans. Ergò nec hic quæritur, è facti verbis an sit præsumenda servitus aut simile quidpiam, secundario saltem vel per indirectum determinationi quæstionis huius inseruiens. Propterea nec immerito Pomponius potuit in lege sua supponere, adeoque supposuit, quo sibi tractandum eo loci non assumserat, videlicet, ita legem venditionis esse conceptam, vt servitutis inde concessio constet: & pro arbitrio tantum ea exprimere, quæ modum sive qualitatem solummodo concessæ servitutis concernant, eamque ab alijs distinguant. Quocirca cum ex consideratione singularum legum nobis obiectarum pateat, nec earum quæstiones principaliter motas vllatenus proposito nostro quadrare, nec ICtorum illic intentioni congruere, quod è facti verbis elici posit in dubio servitus, non est, quod amplius ex quenquam moveant. Longè secus est in iuribus, quibus regula prius constituta nititur. Nam *in d. l. apud Iulian. §. si quis alicui, ff. de lega. 1.* quando de legato, *licere lapidem cædere*, dubitatur, an sit ad hæredem legatarij transitorium, eiusmodi quæstio movetur, cuius ex decisione in partem negativam facta, necessario concludatur, seruitutis negatio. Posito namque legatum *licere lapides cædere*, ad hæredes non transire, consequens est legatum illud nec importare servitutem, *l. pater filia, ff. de seruit. lega.* Sed & ratio, propter quam non transmittitur, e verbis legati vnice dependens, nempe quod hæc factum designant, est id ipsum, quod regula nostra asserit. Proinde cum hæc ipsa & ex principali decisione *d. §.* necessario concludatur, & cum eius ratione, quæ genuina sententia, vis & anima legis perhibetur, plane coincidat, eademq; sit, utiq; nec immerito potissimum fuit ex illo textu confirmata. In *l. 2. §. item si in fac.* id ICtus agit, vt & exemplis illustret stipulationes in facto consistentes, & in ijs etiam alterum secundæ divisionis in initio legis adductæ membrum ostendat: hoc quidem alienum, illud autem proposito nostro commonstrando cumprimis accommodatum. Sed etsi principaliter illud ibi non ageretur, tamen ex hoc, quam defendimus assertionem bona consequentia confirmare liceret. Cum enim in stipulatione *ire agere licere* suscipiat ostendendum, quatenus vno hæredum promissoris contraveniente, vel vno hæredum stipulatoris prohibitio committatur: non potuit hoc ostendere, nisi prius illud constitueret, stipulationem *ire agere licere* sibi propositam, facti non iuris esse: siquidem stipulatio iuris longe aliam determinationem hac in parte recipit, vt in præcedentibus abunde monstrarat. Itaq; non modo necessario supponit, verumetiam verbis disertis expressit; stipulationem *ire agere licere*, in faciendo, non in dando consistere, eaq; de caussa simul eodem textu quæstionem nostram dirimit. In *l. stipul. ista, § si quis ita ff. de verb. obl.* suscitatur eadem dubitatio, quæ in *d. l. apud Iul. §. si quis alicui*, discutitur, legati *lapides cædere licere* loco saltem stipulatione *ire age-*

ire agere licere substituta, eoq; non minus ex *d. §. si quis ita*, quam ex *d. §. si quis alicui*, veritas regulæ comprobatur: imo plus etiam, si penitius intueri velimus, siquidem *in d. §. si quis ita*, perhibetur, stipulatione *ire agere sibi herediq; suo licere* interposita diversas eundi agendi facultates esse: cuius necessarium consequens, non elici servitutem è stipulatione siue legato facti verbis concepto, etiamsi hæredi nominatim in eo sit prouisum, cū servitus fundo quæsita eadem sit & remaneat, ad quoscunq; tandem possessores cum fundo, quem comitatur, perveniat, *l. cum fundo, ff. de seru. rust. l. cum fundus, ff. commu. prad. l penult. ff. de seru. lega.* In *l. quod dicitur patrem, ff. de verb. oblig.* id quæritur, an vt filius patri *ire agere licere* stipulari potest, sic etiam è diverso pater stipulari possit filio ire agere licere: ac deciditur, quod non, quia stipulatio facti, non juris est: quod quidem factum stipulando pater in personā filij conferre nequit, *per tex. ibid.* Nec absimili ratione *in §. sed cum factum, inst. de stipul. seruor.* cum disceptatur, an dominus prohiberi possit, cuius servus sibi ire agere licere stipulatus est: deciditur, quod possit, quia stipulatio facti, non juris est: quæ autem facti sunt, ad dominum non transeunt, *l. qui heredi, ff. de cond. & dem.* Cum igitur in eo, quod stipulatio facti verbis concepta, facti sit, non juris vtrobiq; fundetur intentio Clti, adeoq; non præsupponatur id modo, sed etiam exprimatur, recte prædicta jura pro sententiæ nostræ, cui plane suffragantur, comprobatione fuerunt allata.

2 Præcitatam † regulam nunc amplia primò: Quamuis vltimæ voluntates hominum pleniorem & laxiorem admittant interpretationem, *l. in testamentis, ff. de regul. jur. c. cum dilecti, de donat.* non minus tamen in eis quam in contractibus concesso facto sine licentia faciendi in alieno, servitus haud concessa censetur: *Ita sensere Dd. locis supra relatis, & tradiderunt expresse in d. l. apud Iulia. §. si quis alicui, per tex. not. ibid. Fac. l. Caius, ff. de ann. leg.* quamvis hæc alia quoque ratione servitutem in suo casu non admittat, quia nempe testator illic non eum, qui ex alieno pro prædiis sibi relictis emolumentum percipere debet, sumere jussit, sed alterum ex fundo, quem ei cum hoc onere reliquit, præstare voluit, *ut ibid. gl. & Dd. notant.* Exiguni idem juris etiam in vltimis voluntatibus rationes pro regula prius consideratæ, quæ si bene ponderentur, tam in eis, quam in actibus inter vivos procedere dignoscuntur: cum præsertim testator hæredem suum, quo ad eius fieri potest, minus onerare voluisse censeatur, *l. unum ex familia, §. si rem, ff. de lega. 2. Guidus Panciroli. cons. 59. n. 20. Decian. cons. 78. num. 30. vol. 3.* eoq; in dubio, quod minus est, legatum præsumatur, *d. l. apud Julian. §. scio, Lummis, ff. de lega. 3. cum simil.* Nec obstat *d. l. in testamentis*, quæ procedit ita demum, quatenus vocabuli proprietas admittit, *Gulsaula in repet. l. Centurio, con. lus. 5. ff. de vulg. & pupill. Hieron. Caguol. in d. l. in testam.* Ergo cum in proposito facti verba proprie servitutem siue jus non importent, vt sæpe dictum, non licebit adhibere largiorem interpretationem, *l. non aliter, ff. de lega. 3.*

3 Ampl. 2. Etamsi † persona, cui licere debet in alieno factum exercere, in concessione non expresse fuerit assignata: nihilominus pro concessione facti personæ modo competentis, non juris erit habenda, *prout sensisse vid. ntur Dd. allegati pro regula*, cum *per text. l. stipulatio ista, §. sicut autem, vers. & nihil intererit; & §. si quis ita, in terminis loquentem, ff. de verb. oblig.* quibus locis aperte probatur, nil referre, siue suam stipulando quis personam nomine vel pronomine exprimat, siue non: vt inde pro regula tradiderint interpretes ibidē, impersonalitatem ex parte stipulatoris nihil obesse stipulationi: quo posito sua sponte sequitur, conclusioni prius

prius ostensæ, cum personæ mentio prætermissa, peræq. locum esse. Tum, quod hîc eædem rationes firmiter obtinent, quib. regulæ, à qua casus noster non reperitur exceptus, veritatem prius ostendimus. Tum, quod ex meris facti verbis, deprehendatur & arguatur concessionem prædio non esse factam, *per l. apud Julian. §. si quis alicui, ff. de lega. 1. & similes supr. all.* quibus cum peræque constet ea concessio, quæ in personam diserte non fuit concepta, jure merito idem in ipsa statuetur, *l. illud, ff. ad leg. Aquil.* Tum, quia per se satis persona subintelligitur, quippe cum factum in obligationem deductum, non nisi à persona exerceri queat: Ergo perinde haberi debet, ac si fuisset expressa, eû sit eadem vis taciti, parq; virtus, quę expressi, *l. cum quid, ubi Dd. ff. si cer. pet. l. triticum, ff. de verb. oblig. cum simil.* Tum, quod expressio personæ non alio fine desiderari videtur, quam vt cui sit promissio facta, cuive competat, inde possit apparere, *l. juris gentium, §. utrum, vers. plerumq., ubi not. per Dd. ff. de pact.* Hoc vero, quia potest etiam aliunde constare, tanti certe momenti non erit omissa personę expressio, vt ea de caussa dispositio alioqui valida infirmari, vel in ea quæpiam juris diuersitas induci debeat, cum de persona per æquipollens constare sufficiat, *l. certum, ff. si cer. pet. l. nominatim ff. de cond. & demon. cum sim.* Cumq; rationes istæ peræq; militent, si sit ex parte cōcedentis impersonalitas in verbo executivo, qua stipulationem sive concessionem non vitiari inter omnes constare videtur, *l. fin. ubi Dd. ff. si cer. pet. l. illa stipulatio, ubi post alios Jason de* communi *testatur, ff. de verb. oblig. Dd. in l. stipulatio ista, §. si quis ita, ff. de verb. oblig.* puta, si quis promiserit, quod non ædificabitur, nec habebitur in pariete fenestra, &c. consequitur, ne hic quidem, propter omissam adiectionem personæ promissionem facti posse de servitute accipi, licet contrarium tenuerit *Ang. in §. vlt. n. 1. inst. de seru.* cuius opinio tanto minus amplectenda, cum penitus insuper euerti videatur *per tex. l. stip. ista, in pr. ff. de verb. obl.* quo clare deciditur, etiamsi sit ex parte promissoris impersonaliter cōcepta stipulatio facti alioqui ad hæredes transitorij, tamen eo nos vti jure, vt nullum præter promissoris & hæredum ejus factum contineat: multo minꝰ igitur promissio facti negativi ad hæredes nō trāseuntis poterit propter omissam personæ adiectionem importare, ne per quenquam omnino fiat, fieriue possit, ac per consequens nec seruitus per eam poterit intelligi concessa.

Ampl. 3. Quamuis ad dignoscendā personalem obligationem à concessione seruitutis, plurimum referat, vtrum verba concessionis executiua ad eum referantur, cui fit concessio, an vero ad concedentem, eiusue successorem, vt prius aliquoties indicatum: eaque de caussa non defuerint, qui distinctionem illam interpretibus alias vsitatissimam, etiam concessionibus in factum simpliciter conceptis accommodare non dubitaverint, ita quidem, vt eas importare simplicem obligationem crediderint, si verba executiva sint ad concedentem eiusve successorem relata: sin autem ad eum, cui fit concessio, tunc veram deberi seruitutem, *Salicet. in L. vlt. §. vlt. num. 3. ff. de cont. emt.* tamen † vt illa Interpretum alioqui vera doctrina vix ad concessiones facti verbis conceptas referri, ita nec extructa inde Saliceti sententia sustineri vel admitti potest: Primum enim *d. l. apud Jul. § si quis alicui, ff. de lega. 1. & d. l. stip. ista, § si quis ita, ff. de ver. obl.* quib. antea regula comprobata fuit, eas proponunt concessiones, quib. id quod per eum, cui fit cōcessio, erit expediēdum, continetur: Conceditur enim, ut legatario lapides in alieno cædere, stipulatori per fundum alienum ire agere liceat: Nihilominus in obligatione factum solummodo versatur, non jus vllum seruitutis concessū intelligitur. Secundò, rationes adductæ pro regula idem evincunt, quan- 4

quandoquidem omnes huc tendunt, quia verba saltem factum, licet exercendum per eum, cui fit concessio, denotent, jus seruitutis à facto maxime diuersum contra verbi proprietatem, contraq; fauorem debitoris concessum intelligi nec posse nec debere. Succedunt tertio loco interpretes ad regulam, quam tradiderunt vnanimiter, superius allegati, quos vniuersos ac singulos de concessione facti per ipsum acquirentem explicandi, quod obligationem solummodo personalem, non seruitutem importet, statuere manifestum est cum ex verbis & exemplis, quibus vtuntur, tum etiam ex legibus per eos pro confirmatione citatis, quas de tali facti concessione disponere constat, puta, *d. §. si quis alicui*, *d. §. si quis ita*, *l. 2. §. item si in facto, ff. de ver. obl.* vt si maxime, quid ij sensissent, quis ambigeret, quamvis nemo, qui illorum commentarios diligenter inspexit, super eo dubitare possit, tamen eorum dicta, secundũ hasce leges, quas allegant, omnino forent accipienda, & intelligenda, *per ea quae not. Bart. in l. non solum, §. si liberationis, ff. de lib. lega. Alex. cons. 45. num. 3. lib. 6. Paris. cons. 71. num. 12. vol. 3. Hipp. Riminal. in §. 1. n. 36. inst. quib. alie. licet.* Neve sit opus percurrere singulos, prae caeteris id expresse tradiderunt *Cast. in l. Lucius, n. 2. ff. de seruit. rust. Capoll. de seruit. urb. c. 2. n. 5. Coras. in l. 1. nu. 123. ff. de seru.* Quartò, cumprimis aduertendum, non quaslibet conuentiones sive concessiones nobis esse propositas, sed eas modo, in quas deductum reperitur, quod jure servitutis competere potis est: Scopus enim dignoscendi, sit ne concessa seruitus, quem sub initium praecedentis exercitationis praestituimus ijs, quae cum in ea, tum in hac traduntur, non nisi quales diximus, concessiones praesupponit: Vt autem servitus ipsa in affirmativam & negatiuam distinguitur, ita necesse est, vt quicquid jure servitutis alicuius competere potest, aut jure affirmativae, aut jure negativae servitutis competere queat. Quod jure seruitutis negativae, id quidem referri necesse est ad concedentem, eiusue successorem, cum negativae seruitutes post concessionem ex parte acquirentis nihil exigant, ex parte concedentis in non faciendo consistant, *l. quoties nec, §. seruitutum, ubi prae caeteris Duaren. ff. de seru. l. si testamento, 30. ff. de seru. urb. §. vlt. inst. de seru. cum sim.* Sed si vera esset Saliceti sententia, ex concessione talis facti negatiui quantumuis verbis ad concedentem siue successorem eius relatis concepta, non tam simplex personalis obligatio, quam seruitus ipsa negatiua foret colligenda, *arg. l. illud, ff. ad leg. Aquil.* quandoquidem Salic. è concessione ad acquirentem relata servitutem extruit, quia quod ipsi acquirenti in alieno facere licet, id jure servitutis ei competere potis est: quae ratio similiter hic obtinet: Vt vt enim verba non ad acquirentem, sed concedentem rei concessae natura conditioneve sic exigente dirigantur, attamen quod vigore concessionis oportet concedentem in suo non facere, ad id jure seruitutis acquirens concedẽtem habere potest astrictum. Quod autem jure seruitutis affirmativae cõpetere potest, vt plerumq; seu frequentissime vsu venit, id solum ad acquirentem referri necesse est, quia non est servitutum, ne quidem affirmativarum, proinde nec illius, quod jure ipsarum competere potest, ea natura, vt concedens facere quid teneatur, sed solum, vt patiatur, acquirentem facere, *d. l. quoties, §. servitutum, ff. de seru. l. 3. §. dare, ff. de vsufr. & sim.* Vnde rursus cum Saliceto concludendum foret, huius quoque facti concessione veram servitutem importari. Quae cum ita sint, nemo non animaduertit, regulam antea dilucide probatam destrui potius illa distinctione perperam huc detorta, quae propterea non est hac in parte recipienda. Nam quod verba concessionis executiua ad concedentem

cedentem referri possint, quando agitur de corporali emolumento reb. ex alienis consequendo, *vt est inter alios tex. in l. vlt. §. vlt. ff. de contrah. emt. & l. Caius. ff. de ann. lega.* parum vel nihil ad regulam pertinet: cum, quia verbis tali casu ad concedentē, cuius velut à manu alter demum recipere sive consequi possit, relatis, id in concessionem deducitur, quod iure servitutis concedi sive competere minime posse constat, vt scilicet ipse dominus fundi sui reditus colligat, deque ijs, quod alteri promisit, præstet, prout idipsum in fortioribus terminis deduximus exercit. præced. ampl. 10. tum, quod istiusmodi concessio sit nihil aliud quam obligatio ad rem corporalem alteri dandam, in qua præstatio secundario tantum & in consequentiam includitur seu venit, *l. obligationum substantia, ff. de action. & oblig. l. 2. §. 1. ubi not. per Dd. ff. de verb. oblig.* cum tamen conclusio nostra principalis concessiones in factum sonantes determinet, eoque obligationes faciendi, vel saltem præstandi servitutem, non dandi rem aliquam corporalem respiciat & concernat: tum etiam, quod illa, si præstatio semper sit repetenda, videatur esse corporalis emolumenti e fundo præstandi annua quæpiam stipulatio sive legatum, *l. Seio, §. medio, l. legatum ita, l. Titia, §. penult. & vlt. ff. de ann. leg.* qualia quidem à concessione tam facti quā servitutis esse plane diversa, cuiq; per sese manifestum, *l. Caius, ff. de annu. legat. l. fundi, ff. de vsufruct. legat.*

5 Ampl. 4. Vt † factum in obligationem deductum, ne quidem ad hæredes eius, cui sit concessio, transeat: *ita censuit contra gl. Petrus in d. l. stip. ista, §. si quis ita, ubi Bartol. numer. 4. Raphael Cum. Alexand. numer. 7. dicens hac verius Iason numero 6. dicens hoc tenendum, Zas. num. 13. 14. ff. de verborum obligationib. Bart. in l. si sic, numer. 3. ubi Raph. Cum. Ioan. ab Imol. num. 6. Franc. Aret. numer. 6. Iason num. 10. Alciat. num. 17. qui dicit hanc* veriorem, *ff. de verbor. oblig. Cyn. in l. veteris, ad finem, C. de contrah. emt. Bart. in l. Lucius, num. 1. vbi Castr. num. 2. ff. de seru. rust. Bart in l. pater, nu. 7. ff. de seru. lega. Alberic. de Rosa. in l. vlt. & ibid. Ang. ff. de constit. prine. Bald. in l. apud Iulian. §. si quis alicui, nu. 1. & 2. ubi Cast. num. 1. Ioan. ab Imo. nu. 9. & 10. Franc. Aret. num. 6. Alexand. nu. 2. Ias. numer. 1. 5. 6. Zas. num. 3. ff. de lega. 1. Cast. in l. 2. §. item si in facto, num. 2. ubi Alex. num. 1. Iaso. num. 6. Galiaula num. 19.* communem *decens, ff. de ver. obl. Alex. in l. 4. §. Cato, nu. 53. ubi Bolognet. hanc testatur esse* communem, *numer. 149. & 462. ff. d. tit. Zas. in l. si sub vna, §. si quis, numer. 6. vers. secun la con. l ff. d. tit. Alciat. in d. l. stip. ista, §. hi qui, numer. 15. & seqq. Capoll. de seruit. urb. c. 2. numer. 13. in fi. Albert. Brun. de interitu, tract. 11. num. 66. Decius cons. 262. num. 7. Natta consil. 163. num. 11. & cons. 164. numer. 23. dicens ita Dd.* communiter *concludere, tom. 1. Menoch. de præsumt. lib. 3. præsu. 103. num. 33. & 45.* Textus est in terminis *in d. l. apud Iulian. §. si quis alicui,* cui maxime quoque suffragatur *d. l. stipul. ista, §. si quis ita, vers. nam etsi,* ubi ICtus æquiparat stipulationem *ire agere licere*, stipulationi *uti frui licere*, quam constat ad hæredes stipulatoris vsque adeo non esse transitoriam, vt etiamsi hæredis sui meminerit expresse stipulator, diversum tamen perhibeatur, quod ei cōpetiturum, ab eo, quod est stipulatori concessum, *per tex. ibid.* Quamvis autem nitatur Accursius, eumque secutus Zasius *in d. §. si quis ita,* prædictam æquiparationem restringere intelligendo eam quo ad hoc solum, vt hæres vtrinque possit ex stipulatu agere, non etiam, vt hæredis factum á stipulatoris facto in vtraque diversum sit, tamen eam restrictionem cæteri Dd. ibidem reijciunt, & inter recentiores etiam *Donell. numero 11.* Recte qui-

dem: nam & contextus ipse restrictioni non parum refragatur simpliciter & indistinctè conceptus vltimo §. vers. vt cum ad vtrumq; proxime præcedentis responsionis membrum referri necesse sit: & intentio ICi cupientis id, quod responderat, posse hæredem ex stipulatu agere, licet diversi sint fructus, comprobare per aliam decisionem Pauli manifestiorem: Id autem hæredi competere, quod vt hæredi præstaretur, conuentum fuerat, nullius comprobationis sive declarationis indigebat, sed alterum, quod adiecerat, *licet diversi sint fruct9*, probabilem dubitandi caussam suggerebat, quia stipulator etsi hæredem suum stipulatione comprehenderit, non tamen efficere potuit, vt idipsū in specie, quod sibi licebat, hæredi competeret. Hoc vero non obstare, quo minus hæres ad idem in genere saltem, licet non in specie, quod esse non poterat, sibi permittendum agere valeat, ostendere voluit exemplo alterius stipulationis *ire agere licere*, qua statuatur idem. licet factum ea merum contineat, vsque adeo personale, vt ne quidem personam eius, qui jure civili pro nullo habetur, hoc est, serui, excedere, nedum domino, cui non minus is, quam brutum vel res inanimata subest, cuiue soli, non sibimetipsi acquirit, competere possit, *§. sed cum factum, institutionib. de stipulat. seruor.* Quæ vero Zasius pro confirmatione glossæ adducit, ijs non plus evincit, quam hæredi vigore stipulationis perinde facultatem competituram, vt ipsi stipulatori, non etiam, quod idem vtrivsque factum sit: cum nec Imp. ipse *in l. veteris, C. de contrab. stip.* diffiteatur, attenta rei subtilitate, factum hæredis cum defuncti facto non idē esse, quantumvis in effectu vtrumque coincidat, *vt not. etiam Aretin. in l. continuus, §. si ut aliquid, num. 24. vers. ista, conclus. probatur, ff. de verbor. oblig. & Donell. in d. l. stipul. ista, §. alteri, num. 45. ff. d. t.* Verum præter tex. *d. §. si quis alicui, & d. §. si quis ita*, isthæc ampliatio comprobatur etiam ex eo, quia si concessio facti verbis concepta transiret ad hæredes eius, cui facta est, in effectu seruitus induceretur, adeoque res durabilior ipsa pene prædiali seruitute suborriretur, quandoquidem ab uno successore semper in alium, & sic deinceps in infinitum transiret, *l. hæredis appellatio, 65. l. scienaum, 70. l. hæredis appellatione, 170. ff. de verb. oblig.* Quis autem sua sponte non animadvertit, hoc regulę nostrę vehementer adversari, eamq; in effectu destruere: Quocirca cum regulę prædictę sua tum vis tum veritas ex tot juris fundamentis, quibus ea nititur, omnino constet, necesse est, & consequens istud, & pariter etiam antecedens, vnde firmiter id elicitur, juri minus esse consentaneum, proinde nec huiusmodi facti concessionem ad hæredes expresse non adiectos, esse transitoriam: quam quidē rationem in specie præ cœteris considerasse videtur *Zas. in d. §. si quis alicui*, regulam constituens, factum per acquirentem videlicet explicandum, ad hæredes eius minime transmitti. Quin tanto magis id admittendum, quod alioqui & iniquitas, & absurditas inde scaturire videretur, concedente & hæredibus eius nunquam non remanentibus obnoxijs ad id, quod est oneris & præiudicij longe maximi, permittendum alterius hæredibus per innumeras pene successiones perpetuo duraturis: vt longe tolerabilius fuerit, constituisse seruitutem, quæ si non citius, certe nō vtendo poterat amitti, quali modo non potest obligatio facti tolli, *l. si partem, ff. quem. seru. amit.* vt vel hac de caussa concessione hæres ei9, cui facta est, tacite comprehens9 censeri minime debeat, quia dispositiones atq; cōventiones hominum ita semper accipiendæ, ne absurditas ulla sequatur, *l. nam & absurdum, ff. de lega. 1. Eucrb. lote in loc. ab absur. Men. cons. 177. nu. 4. liber. 2.* neve remaneat altera partium decepta, *Cranett. consil. 245. num. 9. consil. 269. num. 5. lib. 2. Men.*

cons.

conf. 203. nu. 17. & 18. lib. 3. sed fraus omnis & iniquitas excludatur: *in quam sententiam plurima congessit Crauet. conf. 286. nu. 13. & 14. lib. 1.* praeterea certi iuris est, obligationis conditionem ex persona haeredum non immutari, nedum reddi posse deteriorem, *vt est tex. in l. 2. §. ex his, ubi Dd. ff. de verb. oblig. & in l. praetoria, §. incertum, ff. de praetor. stip.* At si concessio facti, quod alioqui vigore seruitutis competere consueuit, ad haeredes suapte natura transiret, proculdubio mutaretur, atque adeo longe deterior obligationis conditio redderetur, siquidem cum ab initio liceret vni modo factum exercere, illo decedente singulis eius haeredib. & rursus cuiuslibet haeredis haeredib. singulis & sic deinceps, permittendum aeque foret in solidum, quandoquidem facta diuisionem non recipiunt, *vt est tex. not. in d. l. 2. §. item si in facto, & in l. stipul. non diuid. ff. de verb. obl. & vtrobiq. Dd.* Quamobrem admitti minime potest, talis facti concessionem ad stipulatoris haeredes, in quorum persona tantopere immutaretur obligationis conditio, transire, nisi nominatim in concessione de haeredibus actum fuerit; quo casu nil mirum, si cuivis haeredum exercere liceat factum, vtcunq; maxime concedens vel haeredes eius grauentur, quandoquidem contractus ex conventione, partium legem accipiunt, *l. 1. §. si conueniat, ff. de pos. c. contractus, de reg. jur. in 6.* & ad innumera sese contrahens astingere potest, ad quae si citra expressam conuentionem astringeretur, iniquissimum foret, *l. contractus, ubi latè Dd. ff. de regul. jur.* Tandem quo minus existimandum sit, tacite simul etiam de haeredibus actum fuisse, illud etiam in caussa est, quia facta, de quibus loquimur, sunt eiusmodi, quae ab haeredibus ut plurimum non amplius permitti vel exerceri posse videantur. Etsi namque vigore tantum simplicis obligationis, non autem jure seruitutis, quippe quae in proposito concessa non intelligitur, exercenda veniant: ipsos tamen fundos, in quibus vel ad quorum etiam utilitatem exercentur, respicere dignoscuntur, qui non semper ad haeredes devolvuntur, sed saepe creditoribus, saepius etiam legatarijs obveniunt: vel si maxime deveniant ad haeredes, tamen ex haereditatis diuisione vni aut alteri soli cedunt. Ita fit, vt ab haeredibus, ad quos fundi minime pertinent, nec permitti quid amplius in ijs, nec exerceri queat, vel si maxime facta possint etiamnum per illos haeredes explicari, non tamen eis profutura sint, quippe fundorum alienorum vtilitatem concernentia. Cum igitur impossibilia vel minime profutura quem haeredibus imponere aut acquirere voluisse, plane non sit verisimile, *l. 1. §. si id quod, ff. de act. & oblig. l. si sub imposs. ff. de fideiuss.* oportet admittamus, eiusmodi factorum concessiones ad haeredes non esse transitorias, *per praedicta.*

6 Contrarium tamen, quod eorum etiam, de quibus hic agimus, factorum stipulationes ad haeredes licet non expressos transeant, tenuerunt *Lud. Rom. in d. l. stipul. ista, §. si quis ita, ubi Duar. & Donell. nu. 13. ita, Bolognet. in l. 4. §. Cato, nu. 148. & 462. ff. de verb. oblig.* moti potissimum textu *d. l. veteris, C. de contrah. stip.* qua generaliter Iustinian. constituit, vt omni stipulatio faciendi ad haeredes ab vtraque parte transeat. Nec excipere licebit interpretibus, Imperatorem non disponere de his, quae simplicis meriq; facti sunt, vt nostra, sed de factis tantū adhaerētib. juri sua natura ad haeredes transitorio: Replicat enim *Bolognet. d. §. nu. 462.* de factis juri adhaeredibus non potuisse apud antiquos dubitationē esse, prout etiam colligi videtur ex *d. l. stipu. ista, in pr. & §. sicut autem.* Idcirco vt sit probabilis dubitatio, quam sua lege sustulerit Imp. necesse est, vt *d. l. veteris*, de meris factis, juri non adhaerentibus accipiatur. Quod etsi non simpliciter negem, non tamen

men hac in parte possum á communi recedere, vel hisce subscribere. Movent me non ea modo, quæ pro confirmatione communis opinionis adduxi, verum & sequentia. Primum quia nituntur ipsi tantum textu *d. l. veteris*, in sui generaliter considerato: quem si diligentius intueamur, cum de factis per stipulatorem explicandis minime disponere, non obscure depræhendemus. Namque dispositioni vniversali confestim subijcit Imp. eam decedendi rationem, quæ non nisi factis per promissorem explicandis congruit. Ait enim, eam ob caussam faciendi quoque stipulationes ad hæredes, nempe stipulatoris, & adversus eos, scilicet promissoris hæredes, transmitti oportere, quia nihilominus & hæredes factum possint adimplere: idque verbum non semel, sed aliquoties inculcat: Quæ ratio sibi solum à parte promissoris & hæredum eius locum vendicat: Adimplere namque solius promissoris sive debitoris est, eiusque successorum, *l. ob eam caussam, ff. de præscr. ver. l. cum proponas, C. de pact. l. cum donationis, l. promissis, l. si quis maior, C. de transact. cum similibus* quippe qui demum astringuntur necessitate præstandi promissa, *§. 1. institutionib. de obligationi. & concordant.* non etiam stipulatoris aut hæredum eius, quibus etsi factum stipulationis contractu sive concessione permittitur, non tamen vllo modo ad id faciendum astringuntur, sed in eorum libero remanet arbitrio, facere quod sibi permissum est, vel etiam prohibitu omittere, cum qui stipulatur, alterum quidem sibi promittentem obliget, non etiam alteri sese vicissim stipulando obstringat, *text. in pr. institution. de aut. tut. l. 1. C. de aut. præst. l. 15. cui bonis ff. de verb. obl.* Nec minus id euidens ex eo, quod Iustinianus de facto loquitur imposito: Imponitur enim promissori saltem & hæredib. eius, qui nisi promissum fecerint, ad id quod interest stipulatoris, omnimodo tenebuntur, *l. stipul. non diuid. ubi Dd. ff. de verb. oblig.* Non sic in stipulatore vel hæredib. eius, quibus nihil oneris imponit stipulatio, quippe liberis ab omni obligatione remanentib. *d. l. is cui, cum sim.* Itaq; non immerito interpretes Iustiniani legem secundum rationem in ea disertis verbis expressã restrinxerunt ad stipulationes factorũ per promissores explicandorum. Est enim juris regula certissima, legem recipere restrictivam interpretationem à ratione præsertim in ea nominatim assignata, *l. auigere, §. quamvis, ff. de jure pat. l. milites, ff. de re mil. cum sim. Late Dd. in l. omnes pop. ubi post alios Bol. nu. 183. ff. de just. & jure. Plurima congerit in hanc sententiam Euerh. in loc. à ratione legis stric. & egregie tractat Donell. lib. 1. com. de jure ciu. c. 13.* Nec proprie lex, quæ magis in sententia statuentis, quam verbis consistit, ratione restringitur, sed verba latius alioqui potentia reducuntur ad voluntatem disponentis, ut ubi ratio vel sententia potius ratione demonstrata cessat, etiam legis verba cessẽt, *c. cum cessante, de app. Late Tiraq. in tr. cessante caussa.* Deinde corrigit Iustinianus constitutione sua jus antiquum circa stipulationes faciendi subtiliter natura factorum sic exigente inductum: Correctiones autem, quantum fieri potest, restringendæ sunt, vt jura juribus concilientur potius atq; sustineantur, quam destruantur, *c. cum expediat, de elect. in 6. l. un. C. de inoff. dotib. l. præcipimus, C. de app.* tũ præsertim, quãdo corrigitur, quod est rei naturæ consentaneũ, quippe cum jus imitetur naturam, in quantũ potest, *l. adoptio en. ff. de adopt. §. minorem, inst. de adopt.* etiam in fictionib. *Dd. in l. Gallus §. si eius, ff. de lib. & post. Alciat. ad præf. in pr. n. 4. ubi Jo. Arelatanus in add.* Quamobrẽ cum non satis constet, an Iustin. lege sua comprahenderit aut comprahendere voluerit etiam facta per ipsum stipulatorem explicanda, quæ & ingerere in effectu servitutem, & præjudicium longe maximum creare videntur, potius in dubio stri-

cta

stricta fuerit interpretatio præferenda; qua dispositio *d. l. veteris*, antiquam circa illa observantiam, ipsi naturæ congruentem, minime correxisse statuitur; vel eo magis, quia concernit ista lex obligationem in promissore & hæredib. eius prorogandam sine continuandum, circa quam, cum sat commodam habeamus occasionem, esse debemus propentiores ad negandum, *l. Arrianus, ff. de act. & oblig.* Tertiò: Si constitutio Iustinianea comprahenderet etiam stipulationes factorum per stipulatorem exercendorum, alterutrū admitti oporteret, vt aut dispositio *d. l. veteris*, ad vltimas quoq; voluntates extendatur, & *textum d. §. si quis alicui*, corrigat, aut eundem cum vltimis hominum elogijs, in quib. ille loquitur, incorrectum relinquat: Illud quidem nulla ratione dici potest; quia de stipulationibus, quæ sunt actus inter vivos, non devoluntatibus vltimis disponit Iustinianus. At extensio fieri potest; ne quidem si maior in casu, ad quem fit extensio, subesse ratio videatur, quando extentione illa correctio juris induceretur, *tex. in auth. quas ostensiones, & ibi omnes Dd. teste Jason num. 16. & nu. 21. ubi dicit esse com*munem, veramq; *conclusionem & resolution, pro qua plures allegat, C. de sacros. Eccl. Joan. ab Jmol. in l. si vero, §. de viro, num. 13. ff. solu. matr. Bologn. post alios in l. omnes pop. num. 233. ff. de just. & ju. Late Euerh. in loco à ratione lege larg. Diaz. reg. 276. & in terminis hanc theoricam ad propositum nostrum accommodat Io. ab Jm. in d. l. si sic. n. 6. & ibid. Aretin. nu. 11. & Iasoneos referens, nu. 10. ff. de verb. oblig.* Hoc autem si dixeris, id eveniet absurdi, vt in stipulationibus, quæ sunt stricti juris, *§. actionum; & ibi not. per Dd. inst. de actio.* in quibus nisi quid palam verbis exprimitur, omissum intelligitur, *l. quicquid astringenda, ff. de verb. obliga.* concessiones factorum per stipulatores exercendorum, ad hæredes stipulatoris non expressos omnimodo transmittantur, non etiam ad legatarij siue honorati hæredes in vltimis hominum dispositionibus, quæ tamen & concedenti, quippe quem in vita non astringunt, nil præjudicant, *l. quoast iterum, ff. de adim. lega.* & contractib. longe sunt fauorabiliores, *l. 1. ibid. Dd. C. de sacros. Eccl. §. vn. inst. de lege Fus. Can. toll. cum sim.* & pleniorem interpretationem recipiunt, *l. in testamentis, ff. de regul. jur. c. cum dilecti, de donat.* Quartò: apparet ex subscriptione *d. l. veteris*, eam fuisse latam atq; promulgatam ferme triennio ante, quam perficerentur & in lucem darentur Pandectæ, imo ptius quam inchoarentur. siquidem Lampadio & Oreste consulibus Imperator *d. l.* sanxit Calend. Aug. & sub anni finem; cum ijdem essent Consules, Triboniano cœterisq; ICtis confectionem Pandectarum iniunxit, vt videre licet *in l. 1. sub fin. C. de vet. jure enucl.* Cumque intra triennium opus arduum confecissent, Imp. anno tertio post consulatum Lampadij & Orestis, quo tempore ipse tertiò consulerat, eas edidit, *l. 2. C. de vet. jur. enucl.* Iam si textus *d. l. apud Julian. §. si quis alicui*, nec non *d. l. stipul. ista, §. si quis ita*; ac si qui sunt in eam sententiam textus alij, per Iustinianæam constitutionem fuissent correcti & abrogati, certe non fuissent ex veterum ICtorum scriptis excerpti & in Pandectarum libros relati: cum præsertim fuerit compilatoribus nominatim inhibitum, ne quod non in ipsis rerum obtineret argumentis, *§. cumq; in proœ. institution.* quodque per desuetudinem, & sic multo magis, quod autoritate Imperiali abolitum fuerat, Pandectis insererent, vllumque adversarium constituerent, *d. l. 1. §. nulla itaq; & §. sed etsi C. de vet. jur. enucl.* Proinde quia videmus allegatos textus non obstante *d. l. veteris*, dispositione Pandectis esse inditos, non est amplius ambigendum; constitutionem Iustinianeam nihil ad eos pertinere. Nec excipias; insertionem contextus atque cohærentiæ tantum gratia fuisse fa-

ſe factam: Nam *in d. l. apud Iulian. §. ſi quis alicui*, tam ab antecedentib. quã conſequentibus maxime diſtinctus & facti ſpecie diſsimillima, & verbis, vt antecedenti §. non magis quam ſubſequens cohæreat. Idem conſpicitur *in d. l. ſtipul. iſta, §. ſi quis ita*, quandoquidem ſtipulationes *uti frui*, & *jure agere* quam maxime diſsident à ſtipulatione *habere licere*, vel *dolum malum abeſſe*, teſte Vlpiano ipſo *in d. l. ſtipul. iſta, §. hi qui*. Ita ſubſequens *§. ſi quis dolum*, præcedenti *§. habere*, tam commode, quam *d. §. ſi quis ita*, cohærere potuiſſet. Multo minus exceptio Duareni relevabit prætendentis *d. l. veteris*, Codici non inſertam fuiſſe, quo tempore Pandectæ conficiebantur, quia poſt primum Codicem lata: ſecundus, in quo refulget, Pandectis poſterior. Non enim *d. l. veteris*, ab eo demum tempore, quo fuit in Codicem relata voluit, ſed quam primum autoritate Imperiali fuit promulgata, quod, vt dixi, factum ante Pandectas inchoatas, nedum abſolutas. Nec doceri poteſt, Iuſtinianum earum legum, quas poſt priorem Codicem tulit, rationem haberi nullam in Pandectarum compoſitione voluiſſe: contrarium potius ex *d. l.* 1. colligere licet. Quintò: Si maxime detur, etiam conceſsiones facti per ſtipulatorem explicandi, eſſe hodie tranſitorias ad hæredem, *per d. l. veteris*, vel eo magis, quia *tex. d. §. ſi quis alicui, & d. §. ſi quis ita*, non generaliter, ut *d. l. veteris*, in omnibus factis diſponere videntur, ſed in factis eundi, agendi, cædendi lapides, & ſic in his, quæ jure ſeruitutis alioqui competere poſſunt & ſolent: diſpoſitio tamen *d. l. veteris*, in iis demum procedere & intelligi poſſet obligationibus, quæ apud veteres eam ſolum ob cauſſam non tranſmittebantur, quia factum continerent, quod per alium quam contrahentem præſtari poſſe, plurimi veterum rei naturam attendentes inficiabantur. Id enim non aperte modo ratio Iuſtiniani, quam ſubiunxit, indicat, verum etiam hinc elucet, quia ſi, quæ propter alias cauſſas ad hæredes tranſitoria non ſunt, in obligationem deducantur, ſtipulationes eorum ad hæredes minime tranſeunt, vt eſt in vſufructu in obligationem deducto & actione perſonali pro eo competẽte. *tex. in l. corruptionem, C. de vſufr.* quæ quidem poſt *d. l. veteris*, lata fuit, ſcilicet Calend. Octob. ſub conſulatu Lampadij & Oreſt. At conceſſiones factorum jure ſeruitutis alioqui competere ſolitorum, nõ propterea modo non tranſmittuntur, quia facta ſint alia futura in primis acquirentibus, alia in hæredibus eorum, ſed potiſsimum ea de cauſſa, quod conceſsiones huiuſmodi factorum, quas conſtat à conceſsionibus ſeruitutum eſſe diuerſiſsimas, in effectu ſeruitutes inducerent, & quidem graviores, quam ſi ſeruitutes ipſæ ab initio conceſſæ fuiſſent, vt antea oſtenſum: cui ſuccedit inſuper altera ratio à mutatione obligationis in perſonis hæredum deducta: Quare nec poteſt, nec debet ad propoſitum noſtrum pertinere vel accommodari diſpoſitio *d. l. veteris*. Et huc apprime facit interpretum noſtrorum trita theorica, cum quid pluribus ex cauſsis æque principalibus ſtatuitur & inhibetur, firmum id remanere, quantumvis vna vel altera cauſſa ceſſet, *§. affinitatis, inſt. de nupt. l. ſi non ſe x Aelia, ibi Bald. Ioan. ab Im. & alij, ff. de hær. inſt. Panor. in c. quoniam, §. porro, ut lite non cont. & in c. cum ceſſante, de appellat. Ripa in l. ſi ventri, §. in bonis menſularij, num. 17. ff. de priuil. cred.* Sexto conſtat ex ipſa conſtitutione *d. l. veteris*, maxime ex vltimis verbis, Imperatorem juſsiſſe ſtipulationes faciendi ad hæredes vtrinque tranſire, quod id contrahentium voluntati maxime conſentaneum cenſeret, adeoq; non obſcure ſimul oſtendiſſe, ante omnia mentem & voluntatem contrahentium, quippe quæ contractibus formam dat, *l. in conuentionalibus ff. de verb. oblig.* legemq; præſcribit, *l. juris gentium, §.*

quin-

quinimo, ff. de pact. attendendam esse, *l. in conuentionibus ff. de verb. signif.* vt quoties apparet, non eam fuisse contrahentis voluntatem, vt in vel contra hæredes obligatio transiret, tociès dispositioni, *d. l. veteris*, locum non esse, non minus recte, quam eleganter annotarit & pluribus ostenderit *Donell. in l. stip. ista, §. alter, nu. 45. ff. de verb. obl.* Concedentem autem in proposito nequaquam eius fuisse intentionis, vt hæredibus acquirentis eandem facultatem competere vellet, hinc sufficienter patet, quia simplex modo factum, nil juris in obligationem deducere, ac proinde tibi longe minus præiudicium ista facti concessione, quam seruitutis promissione creare voluit: cum tamen è diuerso transeunte facti talis obligatione in hæredes acquirentis, in effectu nihil pene aliud, quam seruitus, quam constituere concedens noluit, induceretur, vel etiam aliquanto grauius eidem præiudicaretur, quã si vere seruitutem concessisset, vt antea deductum. Quocirca tum ex hac præsumtiua concedentis voluntate, quam conseruare dispositione sua non euertere voluit Imperator, tum ex cœteris anterioribus rationibus opinor esse verius, jura vetera circa facta jure seruitutis alioqui competere solita per *d. l. veteris*, minime fuisse correcta, proinde nec hodie ad hæredes acquirentis in concessione nominatim non expressos ea tran-
7 sire. Quanquam interpretes † etiam per distinctionem tex. *a. §. si quis alicui*, cum *d. l. veteris* conciliant, ita quidem, vt factum certum atque determinatum sit ad hæredes transitorium, *per d. l. veteris*, quod vero indeterminate conceditur, personam principalis non egrediatur, secundum *d. §. si quis alicui*, eam scilicet ob caussam, quia concessum videtur secundum indigentiam acquirentis, vt ab eius persona determinationem recipiat, ac proinde personæ ipsius industria quodammodo videatur electa, saltẽ quoad determinandum: *ita censuit Petrus quem referunt, licet non omnino sequi videantur Bald. in d. §. si quis alicui, num. 2. & Joan. ab Imol. num. 9. Simpliciter tamen sequitur Castr. illic nu. 1. & 2. Alex. num. 2. Iason num. 3. dicens alios omnes ibidem ita tenere, (quamuis nec Bart. nec Aretin. id ibi nominatim approbent.) Idem repetit in d. l. si sic, nu. 10. ff. de verb. oblig. Dec. cons. 262. nu. 2. & 7. Natta cons. 163. nu. 10. & 11. & cons. 164. num. 22. & 23. lib. 1.* Vbi tamen animadvertendum: etsi circa factum indeterminatum, quod ad hæredes idnon porrigatur, res ferme sit expedita; non tamen æque planum videtur alterum illud, ad hæredes scilicet transmitti factum determinatum. Nam vt de facto saltem per acquirẽtem explicando, & quidem jure servitutis alioqui competere solito agam, quod in præsentia solum est propositum; cum interpretes præcitati generaliter idem in factis quoq; per concedentem explicandis statuere videantur, certe nihilominus ipsum licet aliquo modo determinatum sit, in effectu servitutem importabit, si statuatur ad hęredes acquirẽtis transire, quia tantundem in alieno agere, habere, vel inde sumere licebit hæredibus primis, & eorum hæredib. & sic deinceps in perpetuum, quantum acquirenti licuit: modum autem facto, quo seruitus exercetur, determinando adijci posse juris est indubitati, *l. seruitutes ipso, §. modum, ff. de seruit. l. & si forte, §. etiam, & §. modus, ff. si seru. vend.* Quo fit, vt quæ fuerunt hactenus de factis jure seruitutis competere solitis ad hæredes acquirentis non transmittendis disputata, præsertim circa restrictionem *d. l. veteris*, ea non minus in factis etiam determinatis, quam indeterminatis procedere videantur. Deinde cum interpretes facta per acquirentem explicanda ad hæredes eius non esse transitoria, communiter statuant, præsertim *in d. l. si sic, ff. de verb. oblig. prout testatur Galianla in l. 2. §. item si in facto, num. 19. & Bolognet. in l. 4. §. Cato, nu. 149. & 462. ff. de verb. oblig.*

oblig. idq; simpliciter sine distinctione facti determinati & indeterminati, haud scio, an satis tutũ fuerit, cum Iasone *in d. l. si sic, num. 10.* eam sententiam ad facta restringere indeterminata, cœteris determinationẽ quandam habentibus dispositioni *d. l. veteris,* reservatis: idq; vel eo magis, quia videmus cœteros Dd. ibidem alias quærere solutiones ad *d. l. veteris,* non eas inquisituri tanto studio, si distinctione illa, quæ sola responsioni sufficere poterat, censuissent communem sententiam esse restringendam. Præterea si rationem bene consideremus, propter quam interpretes, *in d. §. si quis alicui,* statuunt, factum indeterminatum non transire ad hæredes, vix erit, vt sustineatur. Est enim pro regula traditum, in dubio tunc demum electam intelligi personæ industriam, cum factum committitur, quod per alium expediri nequit, *l. inter artifices, ff. de solut. l. u. §. ne autem, C. de caduc. toll. Diaz. post alios regul. 552.* nec ambigit quisquam facta, de quibus loquimur, quantumvis indeterminata, esse talia, quæ per hæredes etiam expediri queant, *l. 2. §. item si in facto, ff. de verbor. oblig.* ac si maxime censeretur electa personæ industria, tamen eatenus modo crederetur electa, ne principalis, dum vivit, per alium possit expedire, cum quidem eo mortuo nihilominus ad hæredes personam ejus repræsentantes, & in jus ejus vniuersum succedentes idem pertineat siue transeat, sic tamen vt & ipsi per se, non per alios id expediant: *Ita post Cynum pluribus ostendunt Raphael Cum. in d. l. si sic, vbi Ioan. ab Imo. num. 7. Franc. Arct. nu. 6. Ias. num. 19. quos etiam sequitur Alciat. num. 12.* qui limitat, nisi caussam contractui siue dispositioni sola dedisset industria: *Facit etiam quod tradit Menoch. cons. 54. num. 42. vol. 1.* Proinde licet in factis indeterminatis electam censeri oporteret industriam, quod tamen ex eo solo, quia determinationem ab indigentia personæ recipiat necesse est, firmiter ostensum haud videtur, attamen ea ratio non obstaret, quo minus ad hæredes etiam factum indeterminatum transmittatur. Cuius porro consequens esse videtur, parum uel nihil in proposito interesse, determinata sint, an indeterminata, nec non restrictionem interpretum textum *d. §. si quis alicui, & d. §. si quis ita,* de indeterminatis modo intelligentium, magis esse divinatoriam, quam juri consentaneam. Accedit insuper, quod facta etiam determinata per fundum, cuius ad vtilitatem & indigentiam conceduntur, ad hæredes non transire censuerit *Bart. in l. penul. ff. de serv. lega. prout refert. Fr. Aretin. in d. l. si sic, num. 6. ibidem clarius Ioan. ab Imol. n. 6. magis aperte tradidit Cast. in l. Lucius, nu. 2. ff. de serv. rust. & in l. 2. §. item si in fac. nu. 2. ff. de ver. obl. Cepolla, de serv. urb. c. 2. nu. 5. & 13.* Deniq; plurimum videtur ijs refragari tex. *l. Lucius, ff. de seru. rust.* vbi concessio determinata fuit atq; restricta ad certam quantitatem siue mensuram, nempe digitum, cuius notione quid intelligendum sit, ex Frontini *lib. 1. de aquaeduc.* explicat *Connan. lib. 4. comm. juris civ. c. 10. nu. 7.* Nihilominus respondit Paulus, ad hæredem acquirentis transmitti concessionem non oportere: quæ tamen omnino transmitteretur, si determinatio posset efficere, vt ad hæredes transeat, quod sine illa non transmitteretur. Nec illa juverit exceptio: fuisse indeterminatam concessionem respectu saltem prædiorum, quorum vtilitatem concernere poterat. Interpretes enim *in l. si quis alicui* non tam de cœterarum circumstantiarum determinationibus loqui videntur, quam de quantitatis determinatione; quod partim ex opposito constat, cum indeterminatum perhibent, quod quãtitate & tempore indefinitum est, partim etiam perspicuum ab exemplo, quod adducunt ibidem, concessionis aliquot plaustrorum ligni, nil nisi quantitatis circumscriptionem

conti-

continente: & quod determinatio respectu saltem certæ quantitatis illic in consideratione sit, præ cœteris tradidit, *Cast. ibid. n. 2.* Sed etsi de cæterarũ circumstantiarum determinationib. loquerentur, non tamen eorum doctrina sic accipi posset, quasi omnes coniunctim determinatas esse oporteret, quod accidere non nisi rarò potest, sed quod respectu vnius aut alterius earum dispositionem circumscriptam esse sufficeret, prout etiam interpretes ipsos exemplum suum, non nisi respectu unius, nempe quãtitatis, restrinxisse videmus. Quorsũ vero determinationem exigunt interpretes? Certe propterea, ne sit industria personæ ad determinandum electa, vt ex ratione per ipsos assignata liquet. Deprehenditur autem *in d. l. Lucius* talis determinatio, vt præter illam personæ industria peculiaris ad determinandum, non sit necessaria. Concessus enim fuit aquæ digitus: quam aquæ concessæ mensuram siue domum tuam vicinam, siue quocunque libuerit, acquirens ducat, nihil concedentis interest, siquidem nihilo plus onerabitur, aut etiam relevabitur concedens, siue acquirens copiosiore aqua indigeat, cum vltra præstitutam quantitatem nil sit habiturus: siue minore contentus esse possit, cũ non eius indigentiam principaliter, sed aquę mensuram concedens respexerit, & acquirens aquam intra modum concessionis è fundo concedentis ad se perductam pro libitu possit alijs concedere, si nolit ipsemet vsurpare, vel sibi superflua sit, *l. 1. §. illud Labeo, ff. de aq. quot. Bald. in l. aquam, num. 1. C. de seruit. & in c. cum omnes, num. 21. de constit. Capoll. de seruit. rust. c. 4. num. 53. Conna. lib. 4. c. 9. numer. 2. Menoc. de retin. poss. rem. 6. n. 86. & seqq.* Quod autem illic in consideratione potissimum habetur, concessionem respectu prædij dominantis esse indeterminatam, eò fit, quia colligitur inde non esse concessam prædialem seruitutem, quæ non nisi prædio certo competere potest. Quod si dixeris illic non tam principaliter factum in concessionem fuisse deductum, quam vsum aquæ personalem, *per tex. ibid. & in l. vsus aquæ ff. de vsu & hab.* non id quidem negatur, attamen argumentum ex illo textu depromtum remanebit firmum, siquidem vt vsus, ita factum sine determinatione non est ad hæredes transitorium, *vt per tex. d. §. si quis alicui, tradunt ibid. Dd.* Iam vero quia determinatio & quidem talis, quæ personæ industriam excludat, efficere non potest, vt ad hæredes vsus transmittatur, optima certe ratione concluditur, hinc determinationis eum nequaquam esse effectum, vt quod alias non est ad hæredes transitorium, propter illam ad hæredes transmittatur. Quocirca præcitatam interpretum distinctionem, vt ad propositum inutilem reijcit *Zas. in d. l. apud Iulian. §. si quis alicui, ff. de lega. 1.* quam tamen eatenus posse sustineri crediderim, si per facta determinata intelligantur discontinua saltem facta ex alieno fundo quidpiam desumentia, quæ sint ad certam rei ex alieno semel aut sæpius quidem, certis tamen vicibus, puta, quinquies, decies, consequendæ quantitatem restricta: talia namq; cum semel aut toties, quot vices concessione sunt compræhensæ, percepta quantitate rei concessæ regulariter non vlterius exerceri queant, 3 *l. cum pater, §. pater, ff. de lega. 2. l. hoc sermone, §. boues, ff. de ver. sig. l. cum qui, ff. de ver. obl. Bart. in l. cum quidam, ff. de ann. leg. Cast. in d. l. apud Iulia. §. si quis alicui, numero 2. Areti. numer. 7. Ias. numer. 10. & 11. Zas. numer. 6. dicens ita seruare consuet. ff. de lega. 1.* decedente post initum contractum vel mortem testatoris eo, cui concessio facta fuit, ante quam concessam quantitatem plene consequeretur, proculdubio jus suum ad hæredem licet in concessione minime nuncupatum transmittet, vt quod ipse morte præventus ex alieno summere minime potuit, saltẽ hæres ei9 adipiscatur,

per

per tex. l. un. §. in nouissimo, juncto §. sin autem in faciendo, C. de cad. toll. l. in quantitate, §. in diem, ff. ad leg. Falc. §. ex conditionali, inst. de verb. oblig. d. l. veteris, C. de contrah. stip. cum sim. cum non tam factum tali casu videatur esse in consideratione, quam præfinita rei quantitas ex alieno percipienda, nec in effectu seruitus ulla vel importetur vel metuenda sit, adeoq; cessent hic rationes antea pro confirmatione nostræ ampliationis consideratæ. Nec ab hac sententia, nisi plurimum fallor, alieni videntur interpretes *in d. §. si quis alicui*, quandoquidem non modo propterea, quæ contra distinctionem prius allatam adducta fuerunt, quæq; vel ijdem, vel alij, quorum nisi maior, certe non minor autoritas, alibi tradiderunt, verisimile non est, eos de quolibet facto, vel quauis determinatione sensisse, sed etiam, quia textus, quem interpretantur, huiusmodi factum continet, licet indeterminatum, cumq; per exemplum, quid sub facto determinato intelligant, declarant, non nisi discōtinuum afferunt, quantitate rei ex alieno sumendæ circumscriptum, vsque adeo, vt Castr. *in d. §. si quis alicui, num. 2.* legatum talis facti æquiparet legato quantitatis, quam regulariter non nisi semel deberi, constat, *l. cum pater, §. pater, ff. de lega. 2. l. boues, §. hoc sermone, ff. de ver. signif.*

8 Ampl. 5. Vt † nec ex parte concedentis, ad hæredes eius concessio transeat, sed cum persona concedentis intercidat, quantumvis acquirens adhuc sit superstes: *Ita expresse tenuit Cast. in l. 2. §. item si in facto, n. 2. ubi Alex. num. 1. Petrus in l. stipul. ista, §. si quis ita, ubi post alios Alexan. num. 8. maxime vers. nec obst. d. l. veteris, Raphael Cuma. in d. l. si sic, ubi Aretin. n. 5. vers. aduerte tamen, & Alciat. num. 12. ff. de verb. oblig. Alciat in d. l. stipul. ista, §. hi qui, nu. 15. & 16. ubi dicit ita communiter teneri, & §. si quis ita, vers. sed si quis num. 12. ff. de verb. oblig.* nec id quidem immerito: Primum, quia in formulis concessionis huiusmodi factorum passim occurrentibus in jure nostro, quando promissoris hæres ea obligatione peræque teneri debet, nominatim exprimi consueuit, *d. l. 2. §. item si in facto. l. cum filiusfam. §. in hac, l. inter stipulantem, l. in executione, §. quod si stipulatus, ff. de verb. oblig. l. hæredes, § in illa, ff. fam. herc.* quam hæredis mentionem superflue tot legibus esse factam plane non est verisimile: quin potius ex *d. §. in hac*, præ cæteris a contrario sensu aperte colligitur, quod vt stipulatio eundi agendi ad hæredem quoq; promissoris nominatim directa committitur, si hæres, quantumvis absens & ignorans contra fecerit: ita stipulatio ad hæredem promissoris nominatim non directa minime committatur, etjamsi hęres contra uenerit, ac per consequens ad hæredem promissoris expresse non comprænhensum ea stipulatio minime transit. Secundo pro hac sententia ponderari potest *tex. l. inter artifices, §. quare etiam, ff. de solut.* vbi stipulatio *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, & similes, vsque adeo personæ promissoris cohærere statuit Vlpianus, vt fideiussor præstando patientiam pro ipso, non possit efficere, quo minus promissore contra faciente committatur stipulatio: cum tamen alioqui fideiussor facti, si æque per eum adimpleri potest, præstatione principalem liberet, *ut ex d. inter artifices, & l. nemo est qui nesciat, ff. de duob. reis, & utrobiq; not. per Dd. maxime per Aretin. & Rom. hegall. in d. l. nemo, abunde constat.* Quod autem ad fideiussorem non transit, illud regulariter nec ad hæredem transire dignoscitur, *l. exceptiones quæ personæ, ff. de except. juncta l. maritum, ff. solut. matr.* cum indubio propterea non porrigi sive transire ad fideiussorem censeatur, quia personæ cohæreat, *d. l. except.* eamq; solum concernat, non rem siue caussam, *l. in omnib. causis, 68. & l. priuilegia, ff. de regul. jur. l. quia personale, ff. solut. mat.* Adde quod Vlpianus inferendo responsum posterius ex priore, hanc stipulationem & similes

similes æquiparat stipulationibus in præcedenti responso consideratis, quas cum constet ad hæredē promissoris non esse transitorias, eò quod promittentem suis operis tale quid effecturum esse, specialiter actum esse supponatur, consequitur nec has ad hæredem promittentis non expresse nuncupatum extendi. Tertiò hinc etiam confirmatur, quod ab vtraque parte cum eadem ratio, tum effectus idem ferme conspiciatur, quia promittens per se non fieri, quo minus alteri jre agere liceat, nihil aliud promittit, quam vt alter jre agere posit: quod factum cū ad hæredes minime transitorium sit, prout ampl. præcedenti satis ostensum, vtique nec promissoris hæres ea concessione tenebitur, qui non magis idem factum se permissurum promisit, quam acquirentis hæres idem sibi licere stipulatus est, *Aretin. in d. l. si sic, num. 5. sub fin. Facit quod not. Alciat. in d. l. stip. ista, §. si quis ita, n. 11.* Quartò: Quia quod concedens ex parte sua promittit, principaliter in obligationem deduci minime videtur, sed accessoriè tantum, & in consequentiam facti principaliter concessi: Namq; principaliter in eiusmodi concessionib. id agitur, vt acquirenti quidpiam in alieno agere habere seu facere liceat: Verum licet ita demum, quando non prohibet, sed permittit dominus, *d. l. 2. §. item si in facto, l. in executione, §. quod si, l. si stipulatus, 111. cum sim. ff. de verb. obl.* adeoq; facienti patientiam præstat, *d. l. inter artifices, §. quare, ff. de solut.* Principale vero factum ad hæredes minime porrigitur: Ergo nec istud accessorium, siquidem a principali non desciscit, sed naturam eius imitatur, *c. accessorium, ubi not. per Dd. de regul. jur. in 6. l. cum principalis, & ibi alleg. per gl. de reg. jur.* Quintò: non parum suffragatur, quod *Alciat. testatur in d. l. stip. ista, §. hi qui, numer. 17.* fateri omnes, quod facta, quæ cessando sive non operando adimplentur, neutiquam contineantur sub dispositione *l. veteris, C. de contrah. stip.* quodque scriptum reliquit ante ipsum *Aretinus in l. continuus, §. si ut aliquid, num. 26. vers. quod autem tex. ff. de ver. oblig.* tenere communiter Dd. textum *d. l. veteris*, de facto saltem affirmativo loqui: Constat autem in proposito nihil aliud ex parte concedentis exigi, quam vt patiatur aut non faciat: *l. quoties nec §. servitutum, ff. de servit.* Sextò. Quia sæpius vsu venit, vt ad hæredes promissoris fundus, in quo stipulatori facere licet minime perveniat: eoque pati vel permittere nequeant stipulatori, vt amplius ei liceat in fundo facere, quod ante licuit: Nihil enim juris habent in fundo alterius, cuius jus facto suo nec tollere nec immutare possunt, *l. nam satis, vers. nec me fallit, ff. quemadm. servit. amitt. l. id quod nostrum, ff. de regul. jur.* Non est autem verisimile, promissorem hæredes ad id obligare voluisse, quod norat vel scire poterat, propemodū eis impossibile futurum esse posse, *l. quod nullius, l. impossibilium, ff. de reg. jur. cum similib.* Septimò: Quia servanda est æqualitas in concessionibus & conuentionibus justiciæ norma sic exigente, *ut not. post alios Menoc. de præsumt. lib. 3. præsumt. 103. numer. 22. 43. & 44.* vt quæ obligatio non transit ex parte vnius contrahentis, ea in dubio nec ex parte alterius ad hæredes transitoria censeri debeat, *arg. d. l. stip. ista, §. sicut autem, ff. de verb. obl.* Manifestum vero ex præcedentib. oblig. ex parte acquirentis nō transire: quo fit, ut nec ad hæredes concedentis in dubio debeat extendi, cum præsertim in vtroq; correlatiuorum, quando ratio diversitatis evidens nō subest, censeatur id juris obtinere, quod in alterutro dispositum reperitur, *l. ult. C. de indic. vid. toll. l. ult. ff. de acceptil. cum sim. alle. per Euerh. in loc. à correl.* Contrarium tamen tenuisse videtur *Ioan. ab Im.* 9
in d. l. si sic, nu. 6. ff. de ver. obl. Donell. in l. Iul. ff. de verb. oblig. & Ioa. Bolog. in l. 4. §. Cato, nu. 147. 148. 149. & rursus n. 476. & 477. ff. de verbo. obli. qui adducit *tex. d. l. Iuli. in pr.* vbi licet solus Titius ex hæredibus promissoris in stipu-

stipulatione fuerit expressus, respondit tamen Iulianus, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam cohæredes, qui teneri non possent, nisi transiret ad eos etiam, licet non expressos obligatio. Sed aduertendum, stipulationem illic non transire ad cœteros promissoris hæredes non expressos, quo ad factum ipsum negativum, prout ex textu ipso clarum, qui non dicit, cohæredes teneri, si prohibeant ipsi, sed teneri eos, prohibente Titio hærede: Proinde cæteris cohæredibus contrauenientib. plane non committi stipulationem, aperte scripsit *Raphael Cum. d. l. Iulian. in pr. ubi Fran. Areti. ante num.* *Alex. num. 2. Iason num. 1. Alciat. num. 5. dicens hoc verius, Duar. & Donell. & ante ipsos Bart. in l. continuus, §. ult. num. 9. cum quo transire Ioa. ab Imo. Raph. Cum. & Castr. dicit Alex. & Ias. lo. rel. Cuiac. in l. eum qui, 56. §. 1. ff. de verb. obl. dicens tex. d. l. Iulianus, hoc ipsum indicare & innuere.* Quamvis autē facti negativi observantia non astringantur, eoq; possint impune contravenire, tamen vt obligatio ad id quod interest, si promissor ipse contrauenisset, obligationi faciendi sive non faciendi, quantumvis ad hæredes non transitoriæ, omnimodo successisset, *l. si pœnam, l. stipul. non diuid. vbi Dd. ordinarie, l. quoties quis aliam, ff. de verb. obl. cum sim.* illoque ante præstationem ejus quod interest, decedente, ad ipsius hæredes vniversos nihilominus transmissa fuisset, *Bart. in d. l. si sic, nu. 4. ubi Ioan. ab Imol. num. 6. Alcia. nu. 12. & cæteri, ff. de ver. obli. Cast. in l. eum qui, §. qui ita, ubi Zas. nu. 4. ff. de ver. obl. per l. à duob. & l. fabriles, ff. de operis liber. & est clarior tex. in l. si ita quis, 135. §. ea lege, ff. de ver. obl. l. si mandatu Titii, §. ille illi salutem, ff. mand.* ita similiter eo hærede, cuius factum negativum nominatim in stipulationem deduxit atq; promisit, prohibente, sive contra, quam cautum sit, faciente, stipulatio ad interesse committitur quoad omnes, vt cohæredes quidem eo nomine teneantur hæredis nominati facto saltem in consequentiam, principaliter autem propter obligationem sive promissionē defuncti, qui tam hęredis nuncupati factum, quam proprium stipulatione complexus est, *Dd. in l. 2. §. item si in facto, maxime Donell. num. 4. per tex. ibid. & in l. in executione, ff. de verb. obl.* Quod enim alioqui stipulatio talis facti non nisi commissa transmittitur ad hæredes, ideo fit, quia non transit illa quo ad factum ad hæredes, vt si maxime contra faciant, nihilo magis committatur: quæ ratio plane cessat in proposito nostro, vbi transire stipulationem etiam quo ad factum promissor voluit ad hæredem nuncupatum, vt eo post mortem promissoris contrauenientę posset etiam committi stipulatio cum defuncto cōtracta: Proinde nil mirum, si promissor eam in proposito nondum commissam ad hæredes omnes ex æquo transmittat quo ad interesse, nō quidem actu debitum, quod tamen in posterum, si scilicet stipulatio committatur, deberi possit, *d. l. Iulianus.* Hinc vero perspicuum arbitror, textum præcitatum, si exactius perpendatur, confirmare potius, stipulationem facti iure servitutis alioqui competere soliti, non esse ad hæredes non expressos transitoriam ex parte promissoris. Namq; si quo ad factum transiret ad hæredes promissoris, quorum non sit facta mentio, vtiq; procederet id etiam, quando promissor unum ex hęredibus expressit: cum, quia nihilominus verum esset, cœteros non esse expressos, tum, quia verbis stipulationis peculiariter exemti non essent obligationi faciendi, cum non fuerit dictum, quod promissor & hęres nuncupatus soli sine obligati, siquidem in stipulatione, quia stricti iuris est, quod palam verbis non exprimitur, omissum intelligitur, *l. quicquid astringendæ, ff. de ver. obl.* tum, quia promissor efficere vix posset, vt quod ipso iure transit ad hęredes, non ad omnes, sed solummodo ad vnum ipso iure transmitta-

mittatur, prout idipsum post alios aperte tradidit, *Francis. Aretin. in l. continuus, §. si vt aliquid num. 26. paulo ante fin. vers. & licet concedam: & colligere licet ex l. obligationum, §. placet, ff. de act. & oblig. l. cum qui, §. qui stast.pu. latur, ff. de verbor. obligation. §. et si ita, inst. de verbor. obl.* tum deniq; *per tex. d. l. eum qui, §. te & Titium, & ibi not. per Dd.* Arqui paulo ante monstratum, & ex *d. l. Iulianus* apparet, quod in casu *d. l.* obligatio quo ad factum ad cohæredes Titij nulla ratione transmittatur: Quo fit, vt necesse sit admitti, stipulationem facti, de quo loquimur, ne quidem ex parte promissoris ad hæredes transire. Hoc ipsum elt, quod *Iason post alios ex d. l. Iulian. colligit ibid. nu. 1:* cum diserte profitetur, si non esset adiecta persona Titij hæredis, non tenerentur alij hæredes ex impedimento Titij: Hoc enim supposito, necesse est, stipulationem *in d. l. Iul.* relatam per sese non esse transitoriam ex parte promissoris, cuius ad hæredes si transiret, facto Titij cohæredis prohibentis, etiamsi non esset expresse in stipulatione nuncupatus, procul dubio contra omnes committeretur stipulatio, *tex. in l. 2, §. item si in fac. & in l. 4. §. Cato, & in l. in executione, §. quod si stipulatur, ff. de verbor. obligat.* Præter *tex. d. l. Iulianus*, ea quoque ratione movetur *Bologn. in d. §. Cato, nu. 149.* quod à parte promissoris patientia tantum requiratur, siue impedimenti vel prohibitionis intermissio, *l. quoties nec, §. seruitutum, ff. de seruit. l. inter artifices, §. quare, ff. de solut.* quæ quidem hæredibus perinde conuenit, eodemq; modo, vt ipsi promissori, cum de sui natura æqualiter ab omnibus præstetur, *vt Franc. Aretini verbis vtar in d. l. continuus, §. si ut aliquid, numer. 26. versic. quod autem tex. ff. de verbor. oblig.* Verum nihil isthac ratione efficitur aliud, quam quod ad facta in cessando sive non operando consistentia dispositio *d. l. veteris*, quippe cujus ratio neutiquam congruit ipsis, minime pertineat, quod sententiæ nostræ prius confirmatę non parum còducit. Nam quod Bolognet. opinatur, ita consequi, facta de quib. agimus, ex parte promissoris ad hæredes jam olim transitvisse, fallitur, cum in hisce, quæ nobis proposita sunt, factis, alia plures, & quidem longe grauiores fuerint rationes, ob quas personam principalis ea jam olim, non egredi potuerunt, prout ex adductis cū ii hac, tum in pręcedenti ampliatione argumentis abunde perspicitur. Tandem ait esse regulam, quod jus non transmissibile ad hæredes ex parte stipulatoris, sit tamen transmissibile ex parte promissoris, *per l. 3. §. res, ff. de vsufr. & l. libertus, §. manumissis, ff. de alim. leg. per quos tex. in simili tale quid arguit Bart. in d. §. Cato, n. 32. quem teste ibi etiam Bologn. n. 470. Dd.* communiter *sequuntur*. Sed quod ex præcitatis duab. legib. & dicto Bartoli nec possit nec debeat constitui talis regula, sufficienter apparet, cum ex rationibus prius allatis, vltima præsertim: tum, quod in vsufructu & alimentis non nisi speciali de caussa recepta fuerit inęquamitas transmissionis ex parte concedentis & acquirentis. Vsusfructus enim ex parte acquirentis non nisi personæ debetur atq; competit, eoque moriente illa simul extinguitur ne domino sit inutilis proprietas, *§. ne tamen, inst. de vsufr.* sed ex parte concedentis est jus in ipsa re vtenda fruenda constitutum, quod proinde rem, cui inhæret, sequitur ad quemcunq; possessorem illa deuenerit, *l. cum fundo, ff. de seru. rust. l. cum fundus, ff. comprad.* Sic alimenta cum personæ sustentationem vnice concernant, quid mirum si morte illius deberi desinant: Sed hæc ratio minime ibi locum vendicat eo moriente, qui præstare debuit, contraria potius, quandoquidem alter adhuc superstes, qui alimentis, quam diu vivit, indiget, eoq; verisimile, voluisse disponentem siue contrahentes, vt alimenta, quamdiu viuet, præbeantur, vt promissio siue legatum alimentorum per sese respectu temporis indeterminatum, ab eius indigentia, cui præstan-

da sunt, determinationem recipiat, *arg. l. si cui annuum, ff. de an. lega, l. penul. in p. ff. de alim. legat.* Adde quod alimenta non modo sint apprime fauorabilia jure nostro, *l. cum hi quib. alimenta. ubi Dd. ff. de transact. l. alimenta, ubi post alios Aretin. C. de negot. gest.* sed etiam alias quasi in pecuniæ præstatione consistere dignoscantur, *l. pecunia sortem, cum l. seq. l. Mela, §. ult. & t. t. ff. de alim. lega.* Proinde nec immerito ad hæredem debitoris transeunt, *l. à duob. l. fabriles, ff. de operis libert.* Quæ vero specialibus de caussis in quibusdam casibus aliquando contra rationem juris generalem recipiuntur, in ijs non possumus sequi regulam juris, *l. in his, ff. de legib. c. quæ à jure, de reg. jur. in 6.* multo minus ex eis regulam generalem constituere, *ut not. in l. 1. ff. de regu. jur.* Sed concedamus interim regulam, quam ramen ipse Barr. eo loci non constituit, eoq; nec cæteri Dd. licet alioqui cum Bartoli dicto transire videantur, necesse tamen erit, eam sic intelligi, ne procedat in factis negatiuis meram facti facultatem concernentibus, cum in ijs de contraria communi testari videantur *Aret. & Alcia. locu supra rel.* vel si sit in his etiam regulæ permittendus locus, certe nõ accommodari poterit ad facta nobis proposita, in quibus propter inductas antea leges, & allatas rationes tale quid obtinere minime posse, prius ostendimus: vel eo maxime, quia semper id potissimum habetur, quod ad speciem directum est, quæ generi derogat, *l. in toto jure, ff. de reg. jur. & c. generi, de regul.*
10 *jur. in 6 & utrobiq; not. per Dd.* Non tamen hic prætereundũ, quod Alcia. *in d. l. stip. ista, §. si quis ita, v. sed si quis, n. 12.* opinatur, hæredes promissoris, & si non ad eos transeat obl. stipulat. dum vivit, prohibere non posse, ac si prohibeant, cõmitti stipulationem: Quæ sententia, quomodo cum ea, quam una cum cæteris interpretib. superius allegatis Alc. ipse tuetur, subsistere queat, non video, multoq; minus, quid ab altera, quæ modo refutata fuit, distet. Nam cum ex dictis in amp. præcedenti sit manifestum, facta nostræ disceptationi proposita ad hæredes acquirentis sive stipulatoris non transire, ut stipulatore defuncto nihil in alieno hæredib. eius facere liceat, etiamsi promissor adhuc vivat, qui proinde illos facere volentes impune prohibeat: restabat in hac ampliatione tantum id expediendum, an promissore præmoriente stipulatori superstiti liceat etiamnum in alieno facere, siue quod in idem recidit, an per hæredes promissoris fieri non debeat, quo minus stipulatori adhuc superstiti (nam quod stipulatoris hæredib. non liceat, antea monstratum) facere liceat? Hic tensum, quod ad hæredes promissoris eo defuncto non transmittatur obligatio: Id si verum, ut agnoscit Alciatus, oporter obligationem, quam aduersus promissorem stipulator quæsitam habuerat, esse sublatam, quia sine obligato subsistere obligationem est impossibile, *l. obligationum substantia, ff. de act. & obligat.* Quod si promissoris hæredes prohibere stipulatorem non possunt, necesse est, eos esse ad patiendum sive permittendum jure alioquo astrictos, vel non astrictos. Prius dici nulla ratione potest, quia jus in ipsa re stipulatori per concessionem verbis facti conceptam nullum fuit quæsitum, obligatio vero personalis, qua fuit ei promissor astrictus, ad hæredes ipsius non transiit, eoque desiit ipsi stipulatori competere. Posterius est absurdum, nempe dominus fundi non licere alterum, cui nullo jure sint astricti, prohibere vel impedire, ne quid in ipsorum fundo faciat. Repugnat *l. in re mandata, C. de man. l. 2. ff. de his qui sunt sui vel alie. jur.* & aliæ quam plures. Id vero absurdius, committi stipulationem adversos eos, qui stipulatione nec compræhenduntur, nec tenentur, *§. sed cum factum, institution. de stipulat. servitut.* Certe non aliud promissione defuncti continebatur, quam ne prohiberet stipulatorem, neve per eum fieret, quo

quo minus in ipsius fundi stipulatori facere liceat. Iam si nec hæredes prohibere possunt, nec debuit nec potuit Alciatus negare transmissionem obligationis in eos, à quibus non minus, quam á defuncto, quicquid is permitit, præstandum & patiendum esse contendit. Sed in re manifesta quid pluribus opus. Teneamus id quod verum est: quia non transit obligatio facti per stipulatorem explicandi, ne quidem ad hæredes promissoris, non tenebuntur ij pati stipulatorem in fundo, qui jure successionis á promissore ad ipsos pervenit, facere, quod ei vivente promissore licuit illic facere, *per prædicta.*

11 Ampl. 6. Nam † quæ dicta sunt huc usque, procedunt, etiamsi factum solummodo negativum á parte concedentis, nihil autem quod ab acquirentis parte sit expediendum, in concessionem deductum fuerit: quod antea diximus usuvenire, quoties id conceditur, quod jure servitutis negativæ competere potis est, puta, cum quis stipulanti promittit, aut hæredi mandat, non altius ædes tollere, non officere luminibus vicini, non habere fenestras in pariete suo versus fundum vicini, & id genus alia: Quod enim verbis concessionis factum hujusmodi negativum denotantibus, adeoque ad concedentem vel hæredem á testatore gravatum relatis non servitus, sed factum illud negativum solummodo promissum censeri debeat, non modo satis manifestum, ex ipsa regulæ confirmatione, cum facti nomine contineatur etiam non factum, quæque de factis affirmativis jure prodita reperiuntur, regulariter etiam in non factis obtineant, nisi contrarium nominatim quopiam casu fuerit in jure dispositum, *l. 2. §. item si in facto, ubi post alios Cujac. juncta l. 4. §. Cato, ubi Dd. ff. de verborum obligationibus*, verum etiam expresse tradiderunt *glos. in l. 3. §. opus, cum qua transit ibid. Bartol. num. 2. Bald. numero 2. & cæteri, ff. de alien. jud. mut. caus. Dyn. in l. final. ubi Barto. numer. 1. Castrens. numer. 2. Lud. Rom. & Jason numer. 5. ff. de novi opin. nunc. Albert. Papiens. quem refert & sequitur Specul. titul. de empt. & ven. §. 1. num. 24. Castrens. in l. Lucius, numer. 2. ff. de seru. rust. Bal. post Cyn. in l. ea lege n. 35. C. de condic. ob causs. Ioan. ab Imol. post Angel. in l. stipul. ista, §. si quis forte, num. 9. ff. de verborum obligationib. Alexa. in d. l. stipul. ista, §. si quis ita, numero 6. Cepoll. de seru. urb. c. 2. numer. 5. Coras. in l. 1. numer. 123. & in l. ut pomum, num. 12. & 13. ff. de seru.* Quod autem istiusmodi quoque concessio tam ex parte concedentis, quam ex parte acquirentis ad hæredes non transmittatur, & sensisse videntur *Dd. loc. rel.* & satis perspicuum arbitror ex traditis in ampliationibus duabus proxime præcedentibus. Quamvis enim, quod in istam concessionem deductum fuit, non ab acquirente, sed à concedente veniat expediendum, ac propterea non omnia fundamenta huc accommodari posse videantur, quia tamen ea, si ad hæredes transiret, in effectu non minus, quam concessio facti affirmativi per stipulatorem explicandi, servitutem induceret, fermeque graviorem, quam foret servitus protinus ab initio concessa, ac dispositio *d. l. stipul. ista*, & in primis *l. apud Julian. §. si quis alieni, ff. de leg. 1.* non tam ea decidendi ratione nituntur, quod per acquirentem factum veniat explicandum, quam quia maximum transmissione ad hæredes crearetur concedenti præiudicium, insuper etiam concesso facto affirmativo per acquirentem explicando simul inducatur & includatur factum negativum, non impediendi scilicet; sive non prohibendi á parte concedentis, quod tamen ipsum ad hæredes, non magis quam affirmativum transit; denique non magis in affectis negativis à parte concedentis expediendis, quam in affirmativis per acquirentem expli-

candis procedat dispositio ratioque *d. l. veteris, C. de contrah. stip.* quod ex deductis in præcedentibus liquet, necessario consequi videtur, hic etjam transmissioni ad hæredes locum esse nullum posse, *per tradita in utraq. ampliat. præcedent., præsertim in quarta.*

12 Ampl. 7. Cum † concessio verbis facti concepta, neutiquam sit realis, nec importet servitutem, eoque nec prædium afficiat, sed obligationem solummodo personalem contra concedentem acquirenti gignat, quæ cohærens personæ acquirentis active, personæ concedentis passive, neutiquam transit ad singulares eorundem successores, *l. non adversus, C. si cer. pet. l. quoties, C. de her. institut. l. aris alieni, C. de donat. l. 1. §. si heres præcepto, cum simil. per gloss. ibidem allegatus, ff. de Trebell.* firmiter hinc inferre licet, alienato per acquirentem fundo, cuius occasione fuit ipsi concessio facta, vel cuius utilitatem concernit, novo eius fundi successori promissorem non esse vigore prævię concessionis obstrictum ad non faciendum in fundo suo, vel permittendum, ut in eo possit etiam successor singularis facere, quod antecessori licuit, quemadmodum vicissim alienato perconcedentem fundo, in quo vel ipse non facere, vel acquirenti facere licere promisit, novum illius fundi successorem nullatenus obstrictum esse concessione illa, proinde contra, quàm fuit ab antecessore promissum facere, nec non acquirenti jure interdicere posse, ne quid amplius in fundo facere præsumat: quod expresse docuerunt interpretes in ampli. proximé præcedenti relati, & ultra eos etiam *Dd. in l. si sub una, §. si quis, ubi præ cæteris Zas. numer. 5. maxime vers. quærit gl. ff. de verbor. obligation. Castr. in l. 2. §. item si in facto, nu. 2. ubi Ias. n. 6. ff. d. t.*

13 Ampl. 8. Ut † servitus attenta rei veritate non censeatur concessa verbis factum designantibus, etiamsi expresse fuisset utrinque mentio hæredum facta: Quamvis enim hac ratione concessio videatur in effectu servitutem importare, vel quiddam servitute propemodum gravius: Verius tamen videtur, hoc quoque casu factum duntaxat in rei veritate concessum esse, non servitutem, *per d. l. stipul. ista, §. si quis ita, ff. de verbor. obligat.* ubi ICtus idem juris esse profitetur in stipulatione *ire agere sibi heredisq. suo licere*, quod juris est in stipulatione *uti frui sibi heredisq. suo licere*. Docuerat autem illic de stipulatione *uti frui*, quod ex ea stipulatori competit, esse diversũ ab eo quod ex eadem hæredi competit: Quocirca oportebit etiam in stipulatione *ire agere*, quod stipulatori ex ipsa competit, non unum & idem esse cum eo, quod inde competit hæredi: Hoc vero factum solummodo potest esse, non servitus, quæ dominanti fundo semel acquisita, semper eadem cum fundo remanet, nec variatur, nedum multiplicatur mutatione possessorum, *l. una est, l. cum fundo, ff. de servit. rust. l. qui fundum, ff. quem. servit. amit.* Itaque ICtus stipulationem facti verbis conceptam, qua fuit expressus hæres, factum non servitutem censet importare: *ita per illum tex. tenuit expresse Bart. ibi. n. 4. Jo. ab Jm. nu. 17. v. in gl. idem. Cast. n. 4. Ias. n. 6. Al. n. 11. & 13.* nec immerito quidem: Præterquam enim, quod iste casus à regula sive conclusione nostra, cui subest, non reperitur exceptus: vel sola satis evincit hæredum mentio, de vera servitute concedentē, prout etiā acceptantē non sensisse, siquidem non obligationis, ita servituris ea est natura, ut ad hæredes, quatenus sunt hæredes, transeat, sed ut fundum tam servientem quam dominantem velut umbra corpus perpetuo sequatur, eoq; ad solos fundi successores ratione fundi devolvatur, *l. cum fundo, ff. de seru. rust. l. & in provinciali, C. de seru. cum sim.* Amp. 9. † Ut servitus concessa non intelligatur, etiāsi cōcessio facti verbis concepta, facta sit occasione prędij, hoc est, etiamsi 14

conce-

concedens non fuisset aliâs concessurus, nec alter acquisiturus, nisi fuisset huic opus ad prædium suum tali potestate faciendi in alieno: *Ita præ ceteris expresse docuit Cast. in l. Luc., n. 2. ff. de seru. rust. & in l. si sub vna §. si quis, n. 3. ff. de ver. obl. Cap. de seru. urb. c. 2. n. 5. Jo. Coras. in l. 1. n. 123. ff. de seru. VVes. cons. 69. n. 4. & idipsum statuisse videtur post Ludo. Roma. in l. qua neptis, ff. de acq. hære. & cons. 417. n. 7. Jas. in l. vlt. nu. 5. ff. de noui oper. nunc.* quando perhibet, nihilo magis facti concessionem de seruitute accipiendam, licet facta sit per respectum ad ipsum prædium, quod ad singularem successorē transit: Sive enim rationes principalis conclusionis paulo diligentius inspiciamus, cum primis hic eæ sibi locum vendicare vidētur: Siue leges, quib. eadem comprobatur, ita generaliter conceptæ depræhenduntur, vt nō magis concessioni nullius occasione prædij factæ, quam ei, quæ fuerit intuitu prædij facta, possit accommodari: Siue factum ipsum in concessionem deductum, certe reperitur eiusmodi, quod vtilitatem prædij suapte natura concernere, ac proinde occasione prædij plerumq; concedi consueuerit: Cum igitur concessionē tali de facto conceptam regulariter non importare seruitutem constet, nō potest esse dubium, quin idipsum obtineat, quando fuit occasione prædij concessio facta. Præterea jure nostro, quod est personale, id si maxime per respectū ad rem quandoq; fiat, neutiquam tamen eapropter afficit rem, nec ad singularem illius rei successorem transit, *prout contra Angel. in l. quæ neptis, ff. de acq. hære. recte tennit ibid. Ioa. ab Im. & inprimis Lud. Rom. & Fr. Are. qui nu. 3. testatur, modernos Ang. opin.* communiter reprobare: *Jas. in l. quædam, §. nihil interest, n. 7. ff. de eden. & in l. 1. § si heres, n. 6. ff. ad Treb. Lud. Ro. con. 417. num. 7. ubi Mandos. in add. Tir. de ret. con. §. 8. gl. 5. n. 71* vt proinde nec facti concessio propterea, quod intuitu prædij contracta prætenditur, personalis esse desinat, *prout consuluit Rom. lo. rel.* & ad propositum nostrum manifestè accommodauit *Ias. d. l. vlt. num. 5. ff. de noui oper. nunc.*

Ampl. 10. Quamvis † aliquib. uisum 15
sit, concessionem facti verbis conceptam, in dubio de servitute potius accipiendam, quando in ea fuit facta mentio prædij, cuius vtilitatem factum concernere dignoscitur, puta, si concedas per fundum tuum ire agere mihi licere ad fundum meū; *Ita Bo. censuit in l. 4. §. Cato, n. 71. ff. de verbor. obl. & ante ipsum in eandem sententiam inclinasse videtur Franc. Are. in l. 2. §. item si in fac. num. 16. sub finem primi notab. ff. de verbor. oblig.* Verius tamen esse videtur, ne quidem tali casu servitutem è verbis factum designantibus colligi posse: *Ioan. ab Imol. in l. si sic, nu. 6. ff. de verbor. obl. ubi Aretinus profitetur, idem sensisse Bart. in l. Lucius, ff. de seruit. rust. & in l. penult. ff. de seruit. lega.* quibus in locis licet expressè tale quid minime protulerit Bart. tamē id eo ipso satis denotat, quia concessionem facti simpliciter contendit esse intelligendam de obligatione tantum personali, non admissa distinctione, sit ad certum prædium facta, nec ne: quam tamen utrobique censet esse necessario adhibendam circa concessionem juris: & nominatim Aretini sententiam reprobat *Alciatus in l. 4. §. Cato, lect. Avenion. numer. 20. ff. de verb. obl. per tex. ibid. ad hoc ab eo peculiariter inauctum:* & vltra eum probatur hæc ampliatio cum ex his, quæ pro confirmatione principalis conclusionis adducta fuerunt, si rectè considerentur, quandoquidem simpliciter & indistinctè sive prædium, cui factum in concessionem deductum vtilitatem afferet, expresse fuerit nuncupatum, sivè non, procedere seu concludere dignoscuntur, uti nec huiusmodi distinctionem in proposito admittendam censuit *Bartol. loc. rel.* cum vno cœteri transire videntur. Quod autem *in leg. apud Iulianum §. si quis alicui, ff. de legat. prim.* & aliis nonnullis mentio prædij non fit, cuius vtilitatem factum concernere potest,

potest. breuitatis aucupandæ studio factum, cum sufficiat ex formula seu facti specie tantum retulisse, quantum videtur opus esse ad intelligendam cuiusq; textus decisionem. Tum secundo: quia semper in concessionibus inspiciendum, quod principaliter agitur, *l. si quis nec caussam, l. non omnis, ff. si cert. pet. junctis utrobiq. not. per Dd. VVesenb. cons. 69. num. 3.* Verba vero factum denotantia, non ipsi prædio, quod vna fuit simpliciter expressum, principaliter quid esse concessum, sed factum ipsum principaliter in obligationem esse deductum denotant. Quoties autem principaliter id competit, non prædio sed personæ tantũ, & quidem non nisi obligatione simplici deberi potest, *l. 2. §. item si in fac. vbi not. per Dd. ff. de verb. obl.* Quo fit, vt seruitus realis tali casu minime possit in dubio intelligi concessa. Tum tertiò: quia si quicquam fundi, cui ex concessione obvenit emolumentum, expressio valeret ad præsumendam seruitutem, sequeretur, tantundem valituram expressionem fundi, in quo factum exercere licebit. Nec enim magis ad servitutem necessarium dominans prędium, quã seruiens: eoq; si dominans prædium servitutem prædialem evincit, seruiens eandem, vel certe personalem servitutem invincere potis erit: ac si protinus censeri debet concessum ipsi fundo, quod ad eum fundum cõcedi perhibetur, caussæ nihil suberit, quin reale onus ipsi fundo statuatur impositum, simul atq; concessum fuerit, vt in fundo quid facere liceat. Verum concessio facti verbis concepta non importat servitutem, quantumvis fundi mentio facta fuerit, in quo licebit factum exercere, *prout etiam sensisse videntur Dd. pro regula nostra superius adducti*: quod vel ex eo satis potest animadverti, quoniam plerique in exemplis concessionum, quæ adducunt, fundum exprimunt: Proinde nec poterit concessa censeri servitus ex nuncupatione prædij, cuius ad vtilitatem vergere potest factum in concessionem deductum. Tum quartò: quia disceptationi nostræ subiecta sunt facta jure seruitutis etiam prædialis alioqui competere solita, prout antea sæpius expresse fuit præsuppositum: qualia quidem per sese suapte natura sunt accommodata, verguntq; ad vtilitatem prædiorum vicinorum: vt proinde tacite ex natura illorum subintelligenda veniant prædia eorum, quibus ejusmodi facta conceduntur, etiamsi ne verbulo quidem prædiorum sit facta mentio: Est autem certi juris, eorum quæ tacite vel ex rei natura insunt, expressionem nihil operari, nihilq; mutare, *l. hæc verba, vbi ordinarie, Dd. ff. de lega. 1. l. aliquando, ff. de cond. & demon. l. non recte, C. de fideic. Lud. Rom. consil. 56. num. 3. Loriot. in apic. 1. de regul. jur. axi. 90. Duennas reg. 285. Tiraq. de retr. consil. §. 26. gl. 1. nu. 7. VVesenb. cons. 7. num. 40. p. 1.* & aliàs etiam regulariter obtinuit, non majorem, sed parem vel eandem expressi vim esse, quæ taciti, *per ea quæ notantur in l. expressa, ff. de reg. jur.* Tum quintò: quod verba certum ob finem adiecta, non vltra disponentium intentionem extendi, *l. si ego, ff. si cer. pet. l. multum interest, C. si quis alteri vel sibi,* multo minus contrarium sortiri debeant effectum, *l. cum tale, §. vlt. vbi not. per Bar. & Dd. ff. de cond. & dem. l. quod fauore, C. de legib. sum sim. Lud. Rom. cons. 322. numer. 4. & cons. 328. numer. 4.* Fundi vero mentio non aliam videtur ob caussam fieri, quam ne js cui conceditur, arrogare sibi possit licentiam faciendi ad vtilitatem aliorum prædiorum, siue vltra, quam sit ipsi opus ad prædium nominatum, *prout etiam notavit VVesenb. cons. 69. nu. 3. p. 2.* pariter è verbis factum denotantibus apparet, contrahentes factum solummodo, non jus ipsum servitutis concedere voluisse: Non igitur juri consentaneum erit, si nuncupatio fundi extendatur ad eliciẽdã servitutem contra disponentium intentionem verbis factum designantibus clare denotatum.

Ampl.

16 Ampl. 11. Etiamsi † facto verbis concessionis designato expediendo necesse sit, vt quidpiam in fundo ponatur, extruatur, siue infungatur, quod diutissime fundo cohærere possit, puta, canales, si permissum sit aquam ducere: tigna, si concessum sit ea immittere, neutiquam tamen præsumetur concessa seruitus: *Duar. in l. apud Iulian. §. si quis alicui, ff. de lega. 1. & sensere Dd. ad conclus. principalem supra relati:* Nec obscure probari videtur *per l. Lucius, ff. de seru. rus. l. 1. §. præterea, ff. de aq. quot. Est etiam textus in l. si precario, ff. comm. prædior.* ubi propter extructam in alieno, concessione domini, maceriam, quæ diu durare potest, neutiquam censet ICtus intelligendam seruitutis concessionem. Verum hæc ita crediderim accipienda, si quæ in alieno construuntur, talia sint, quæ nullo vel modico construentis dispendio tolli tunc temporis poterunt, quando personalis illa facultas in alieno quid agendi habendiue competere desinet: Tunc enim sibi vendicant omnimodo locum allegatæ leges, nec non rationes regulæ nostræ, cui proinde standum etiam in proposito, quandoquidem constructum in alieno facti permissi exercendi gratia præbere nequit euidens indicium concessæ seruitutis, cum sine magno dispendio rursus ab extruente, quocunque tempore libuerit vel debuerit, eximi sive tolli possit. Secus esse videtur, quando verbis factum designantib. conceditur id in alieno construendũ, quod si post mortem alterutrius contrahentium esset illico tollendum sive destruendum, detrimento maximo construens afficeretur, puta, si quis promisisse, pariete suo sustinere ædificium vicini, vel tigna permisisset immitti, quibus integrum innititur ædificium: Tali namq; casu, si non possit alia ratione sustineri idem ædificium, sed collabi necesse sit, quando parieti non amplius innitetur, aut tigna eximentur, magis est, vt in dubio præsumi debeat, concedentem & acceptantem sensisse potius & egisse de seruitute, quantumvis verba factum denotent, cum verisimile non sit, eos voluisse, ut ad tempus modo perexiguum competeret, quod nisi perpetuo vel diutissime duret, longe plus damni sit allaturum, quam vtilitatis produxisset, aut gignere potuisset, prout hoc satis patet ex doctrina, *Castr. in d. l. si precario, n. 4. & Cæpoll. de seru. vrb. c. 70. nu. 6. & 7. & traditis exerc. præcedenti sub finem lim. 6.* & clarius apparebit ex his, quę circa limitationes nostrę conclusionis dicenda remanent.

Ampl. 12. vt † procedat conclusio nostra, etiamsi verba concessionis facultatem seu potentiam designent, sive, vt interpretum verbis vtar, in potentiam sonent, *Bart. in l. pater, num. 7. ff. de seruit. lega. Cast. in l. Lucius, num. 2. in fi. ff. de seru. rust. Cæp. de seru. vrb. c. 2. num. 10. Iason post alios in l. apud. Iulian. § si quis alicui, num. 6. ubi Zas. nu. 3. ff. de lega. 1. Alciat. in l. si sic stipulatus, 133. num. 11. ff. de ver. obl. Coras. in l. 1. num. 123. ff. de seru. VVes. cons. 69. num. 4. p. 2. Albertus Brunnus de interitu, conclusione 11. num. 66.* idq; non tantum, si per verbum illa potentia denotetur, puta, concedo tibi, vt possis ire agere, vt aquam ducere valeas, vt immittere tignum queas: quo casu res pene videtur indubitata, cum tale sit etiam verbum *licere* ICtis priscis vsitatissimum, *d. §. si quis alicui, l. 2. §. item si in facto, cum 2. ll. seqq. l. stipul. ista, ff. de ver. obl. cum multis simil.* verum etiam si per nomen exprimatur, puta, concedo tibi potentiam eundi, aquam ducendi, *&c.* Quamvis enim Castr. loco rel. velle videatur, tali casu servitutem esse concessam, tamen id non potest admitti, nisi alicunde constet, concedentem & acquirentem de jure ipso servitutis, non de mera, simplici, nudaq; facti exercendi potentia sensisse, prout eius dictum restrinxisse videtur *Cæp. d. c. 2. n. 10. vers. aut affirmative.* Solet quidem potentiæ, vt facultatis nomen, quandoq; denotare jus quod- 17

dam, *Zas. in d. §. si quis alicui*: Sed cum aliàs in jure nostro, tum vero maxime in ista materia servitutum ad factum potius referri, pro facto sumi, idque denotare consuevit, vt proinde Bart. concessionem sub nomine facultatis factam, concessionibus factum designantibus simpliciter annumeret, *loc. pracit. cum quo cateri transeunt*: idemq; esse in concessione sub nomine licentiæ vel potestatis facta recte docuit *Capolla lo. rel. eumq. secutus VVesenb. d. cons. 69. nu. 4.* Quod vel eo magis admittendum, quia nimis alioqui gravaretur concedens, si per huiusmodi nomen, quod proprie factum permissum in abstracto denotare videtur, servitus fingeretur esse concessa: Cumque potentia seu facultas non minus atq; factum vtrobiq; subesse deprehendatur, cum in simplici obligatione faciendi, tum in obligatione dandi seu constituendi servitutem: in hac vero præter factum, vel si mavis, faciendi facultatem, etiam jus in corporale ab obligatione, qua debetur, contradistinctum, adeoque in fundo seruiente constitutum, & dominanti acquisitum requiratur: in illa vero præter factum seu facultatem in alieno faciendi, nihil desideretur aut expectetur amplius: certe consequitur, è concessione sub nomine potentiæ seu facultatis facti non nisi simplicem faciendi obligationem elici posse, nullatenus vero servitutem, quæ longe plus requirit, quam verba concessionis importent. Et hæc quidem obtinent in concessione concepta verbis cum affirmativi facti, tum negativi: Quod enim Castr. *in d. l. Lucius, n. 2. & qui refert eum ac sequi videtur Cap. d. c. 2. nu. 10.* concessionem verbis potentiam denotantibus negative conceptam tradunt importare servitutem, id non ita generaliter & indistincte intellexerunt, alioqui refragarentur cœteris interpretibus, & ipsorum assertioni plane repugnarēt adducta pro ampliatione, quæq; pro ea vlterius adduci possent, sed eo demum casu procedere voluerunt, quando caussa simul expressa fuit, prout non modo exemplum, quod vterq; adducit, sufficienter ostendit, in quo nominatim annectitur caussa, ne vicini luminibus officiatur, sed etiam Cæpolla, qui subiungit, Castrensis assertionem à se relatam esse intelligendam secundum ea, quæ dixerat in secundo casu principali: Egerat autem in eo de concessione facti, etiam negative concepta, nec nō docuerat, eam non importare servitutem, nisi caussa fuerit adiecta: quo casu, non ambigitur apud interpretes, quin etiam concessio facultatis negative concepta de servitute sit accipienda.

Namque † conclusio principalis 18 sive regula sub initium proposita, cum primis limitatur, quoties caussa nominatim assignata fuit, ex qua patet, concedentem non tam personam acquirentis, quam ipsum fundum eiusq; commoditatem principaliter respexisse, puta, promitto non altius tollere, non ædificare, ne domus tuæ luminibus officiatur, sive, ne quis tuarum ædium vsus impediatur: tali enim casu non obstantibus verbis factum designantibus censetur potius, fuisse concessa servitus, *vt post Albericum Pampiens. tradidit Specul. t. de emt. & ven. §. 1. num. 25. Bart. & Dd. in l. 3. §. opus, ff. de alien. jud. mut. Bald. in l. ea lege, num. 35. ibi Salic. nume. 21. qui testatur ita* communiter *Dd. tenere, C. de condic. ob caussam, Castr. in l. 2. §. item si in facto, num. 3. ubi Fra. Aretin. num. 15. vers. hac tamen dicta, ff. de verb. obl. Capolla d. c. 2. num. 6. dicens hoc bene notandum*: *Jason post alios egregie in l. vlt. num. 5. ff. de noni oper. Angel. in §. vlt. num. 1. inst. de servit.* communem *dicens hanc sententiam, à qua resilire minime liceat, Alban. in add. ad Bart. in l. Lucius, ff. de seru. rust. eumq. consulendo secutus est VVes. cons. 69. n. 16. p. 2.* Cuius quidē restrictionis rationes, et si contrarium jure verius *Angelus loco rel.* sub dubio putarit, non sunt obscuræ: Caussa enim finalis unam quamque

dispo-

dispositionem rectissime declarat, qualiter accipienda sit, ostendit, mentemque disponentis aperit, *c. intelligentia, ubi Dd. de verb. signif. cum sim. Patet ex not. per Dd. in l. si cum filius, §. Titio, ff. de donat. & in l. om. pop. ff. de iust. & iure, & in l. si vero, §. de viro, ff. solut. matr. Euc. in loc. à ratione legis stricta, in pr. & Donell. lib. 1. comm. de iure civ. c. 13. §. si generalem, & c. 14. §. ex ratione.* Cum igitur in proposito nominatim assignata fuerit huiusmodi caussa, quæ demonstret evidenter, non tam id egisse disponentem sive contrahentes, vt personę quidpiam, quod sit vtilitate certi prædij determinatum atq; restrictũ, quęratur, quã vt indigentiæ prædij subveniatur, eiusq; commoditas augeatur: hoc vero seruituti solum prędiali, nõ obligationi personali cõgruat, *l. pecoris, l. ergo, ff. de ser. rust.* manifestum inde, concessionem istam esse de seruitute omnino accipiendam. Rursꝰ cum ex adiecta caussa pateat, ipsi prędio quid esse principaliter concessum, consequens est, factum verbis expressum obligationem siue concessionem principaliter non esse deductum. Factum namq; per sese principaliter competens personæ tantũ deberi potest, & quidem obligatione simplici, non prædio, *l. 2. §. item si in facto, l. stip. ista, §. si quis ita, iunctis utrobiq. not. per Dd. ff. de verb. obl.* Proinde necesse est, factum secundario saltem & in cõsequentiam in obl. esse, id quod tum demum vsuuenit, cũ seruitus ipsamet in obligationem venit, *d. l. 2. §. 1. Dd. lo. pracit.* Quod si regulam initio propositam accuratius ponderemus, ea potissimum de caussa constituta videbitur, quod factum solummodo in cõcessione deprændatur, cum ad seruitutem præter factum requiratur aliquid amplius: At qui in proposita concessione vltra factum simul id apponitur, ex quo bona consequentia deducere licet, quicquid vlterius ad servitutem prædialem necessariũ: Factum quidem ipsum præsupponit fundum in quo exerceatur: fundũ ad quem caussa finalis ipsa quoq; nominatim expressa denotat: Formalis vero licet verbis aperte non monstretur, necessario tamen ex finali colligitur. Etenim quia proponitur ei quod conceditur, is finis, vt fundus consequatur, quod ad eum ipsum opus est, & in eum redundet vtilitas, oportet illud esse jus reale, quod ipsi fundo deberi siue acquiri, *l. non dubito, l. quoties, ff. de seruit. l. vnus ex socijs, ff. de seruit. rust. l. proprium, §. si quis duas, ff. com. prad. cum sim.* cumq; ipso ad quemcunque pertinere possessorem possit, *l. cum fundus, ff. de seru. rust. l. cum iunaus, ff. commu. prad. cum sim.* Itaq; vel hinc efficitur, verba factum designantia in proposito tanti non esse momenti, vt propter illa seruitus non obscure denotata nõ debeat intelligi concessa. Nec est, quod quis moveatur in contrariũ fundamentis conclusionis principalis, quę vt firmissime procedunt, cum verba, quib. vnice innituntur, in factum simpliciter cõcepta sunt, ita minime possunt vrgere, cum ex caussa vltra factum peræq; verbis assignata disponentem de servitute, non facto simplici revera sensisse comprobatur, vt ea diligentius perpendenti per sese patet. Multo minus existimandum, quia factum quoq; verbis concessionis denotatum est, eiusmodi, quod suapte natura vtilitatem afferre prędio consuevit, propterea caussam illam, cuius assignationẽ vrgemus, cõcessioni tacite inesse. Quamuis enim concernat vtilitatem prædij non tamen ideo consequens est, id etiam propter vtilitatem prædij concessum esse, cum potius è verbis concessionis in factum simpliciter conceptis eliciatur contrarium, siquidem si propter vtilitatem, quam prędio affert, concederetur, non ipsum per se solum in obligationem deduceretur, & quidem principaliter, sed secundario tantum & in consequentiam servitutis principaliter concessæ, quæ sola propter vtilitatem prædij, quam tum ipsa, tum factum, quod

quod in eam venit, concernit, principaliter concedi potest, *l. pecoris, l. ergo, iunc. l. unum ex sociis, ff. de seru. rust.* non etiam factum, quippe quod non potest esse reale, nec ipsi fundo deberi, vel acquiri, aut cum eo ad quemlibet possessorem pertinere, *l. stip. ista, in pr. ubi DD. ff. de verb. obl.* quæ certe singula forent necessaria, si propter vtilitatem prædij principaliter concedi posset, sed personæ modo mancipari, & propter illius vtilitatem, quam ex eo, quia factum commoditatem prædio tibi subiecto affert, percipit, concedi potest est; *per ea quæ not. per DD. in d. l. 2. §. item si in facto, l. 4. §. Cato, l. stipul. ista, §. si quis ita, ff. de verb. obl.* Vbi vero caussa denotans propter vtilitatem prædij concessionem esse factam, est nominatim assignata, simul inde perspicuum est, facti verbis non ipsum per sese factum in obligationem esse deductum, quod alioqui, si absq; caussæ assignatione foret, proprietate ipsorum attenta, sive servata censeretur, sed disponentem sive contrahentes de seruitute sensisse, cuius in consequentiam factum nuncupatum venire, *l. quoties, vers. ego puto, ff. de seruit. l. si partem, ff. quemad. seru. amit. cum concordant.* cuive soli caussa peculiariter adiecta per omnia congruere dignoscitur, *d. l. pecoris, cum l. seq. ff. de seru. rust.* Ex dictis primùm elucescit, etsi plerique interpretum pro limitatione adductorum, in concessione facti negativi verbis concepta loqui videantur, quia tamen eædem rationes, quas consideravimus, non minus in ea, quæ verbis facti affirmativi concipitur, obtinent, idem quoque iuris esse in ipsa, *vt in terminis consuluit VVesenb. d. conf. 69. maxime num. 16. & seqq. & sensere cæteri.* Secundò: seruitutem videri tum quoq; concessam, quando verbis factum designantibus expresse additur, ad necessitatem, vel ad vtilitatem, aut ad vsum prædij: sive, pro necessitate, vel, vtilitate, seu, vsu fundi, *Francisc. Aretin. in l. apud Iulian. § si quis alicui, num. 7. vers. in gl. posita super verb. alicui, ff. de lega. 1. ita declarans glossam ibid. Alban. in add. ad Bartol. in l. Lucius, ff. de seru. rust. & sensisse videtur Alciat. in l. 4. §. Cato, lect. Auenion. num. 2. vers. nota 3. ff. de verb. oblig. & hoc ipso casu consuluit ita VVesenb. d. cons. 69.* Quamvis enim non vsurpetur particula *propter, ut, ne*, aut similes euidentius caussæ assignationem denotantes, & factum verbis concessionis expressum alias etiam ad vtilitatem prædij suapte natura tendere videatur: tamen & hæ particulæ, ac similes, quando præponuntur ei, quod alioqui rei propositæ finis esse potest, caussam peræque denotare consueuerunt, *l. 1. ff. de satisd. cog. l. Imperat. §. quare, ff. de transact. l. 1. §. 1. v. itaq;, ff. de dolo. l. plenum, ff. de vsu & habit. l. ergo, l. veluti, ff. de seru. rust. l. quod si nulla, ff. de religios. l. quæsitum, ff. de fundo instruc. vel instr. lega. & alibi passim.* id quod tanto magis in proposito admittendum, quia nisi caussa finalis concessionis exprimeretur hisce verbis, ipsa plane supervacanea sive superflua forent, quandoquidem ea conditio, quod vtilitatem prædio affert, tacite inesse facto concesso dignoscitur: & abunde suffecisset ad ipsum factum coarctandum prædij saltem, in quod solum vtilitas redundare debet, esse mentionem factam: cum tamen regulariter nullum verbum dispositioni censeatur otiose appositum, & sine mysterio operandi, *Bald. ad rub. C. de contr. emt. nu. 16. 17. Dec. cons. 473. numer. 3. Iason in l. eum qui, §. qui ita, num. 9. ff. de verb. obl. Natta cons. 204. num. 15. to. 1. Tiraq. de retr. conu. §. 1. gl. 2. num. 22. VVes. con. 52. num. 46. p. 2.* nec verba sint frustratorie, sed cum effectu semper accipienda, *l. 1. §. ult. ibi Ias. num. 6. ff. quod quisq; iur. Tiraq. de retr. consang. §. 26. num. 11. & de retr. conu. §. 6. gl. 2. n. 5.* Verum hactenus dicta procedunt ita demum, si concessionis etiam contextus omnimodo admittat, intelligi verba de caussa finali: Nam si ex eo appareat, potius ad factum coarctandum, vel ad innuendam caus-

sam

sam impulsivam, qua quis permotus concedere vel acquirere voluerit, (prout in conuentionibus huiusmodi caussa sive occasio ineundi contractus indicari quandoque consuevit) tale quid verbis concessionis appositum esse; tunc quia cessant, quæ pro limitatione sustinenda considerauimus, standum erit regulæ, præsertim per ea, quæ ampl. 9. & 10. fuerunt adducta.

19 Limit. eadem regula secundò; si appareret, in prævia tractatione fuisse actum, non de simplici obligatione facti inducenda vel acquirenda, sed potius de iure ipso seruitutis concedendo: tunc enim ex sequenti cõcessione solenni verbis facti cõcepta, non censebitur factum principaliter in obligationem deductum, sed servitus ipsa potius in dubio præsumetur concessa, *Zas. in l. 2. §. item si in facto, num. 9. 10. ff. de verbor. obligation.* cuius sententia satis, opinor, hoc quoque casu confirmatur per ea, quæ in exerc. proxime præcedentis limitatione 3. fuerunt adducta, ut hic ea denuo recenseri non sit opus.

20 Limit. 3. Si facta fuisset mentio singularium fundi successorum, concessio facti seruitutem potius, quam factum simplex censeretur importare: *Ita sensisse videtur Angel. in l. fluminum, §. adijcitur, quem refert. ibid. nec tamen ex hac caussa improbat Joan. ab Imo. num. 5. ff. de damn. infec.* Pro cuius articuli resolutione sic distinguendum arbitror: Aut enim vtrinque facta est eorum mentio, & tunc seruitus ipsa videbitur esse concessa: Quamvis enim factum verba designent, tamen ex adiectione singularium fundi successorum ab vtraque parte satis colligitur, de servitute ipsa sensisse disponentem sive contrahentes: Primò quidem, quod vna cum fundo transire sive pertinere ad quemlibet illius successorem, in materia nostra sit propria servitutis nota: Etenim quia seruitus ipsum fundum afficit, eique vel imponitur vel acquiritur, fieri non potest, quin penes eum quoque sit servitus prædio velut infixa, penes quem prædium ipsum depræhenditur: quæ nota cum in proposito verbis apertis expressa reperiatur, non ambigendum, quin seruitus ipsa fuerit concessa, *l. cum fundo, ff. de seru. rust. l. cum fundus, ff. comm. præd. l. si aqua ductus, ff. de contrah. emt. l. 1. §. permittitur, ff. de aq. quot.* Secundò: Quia concessio non eum quem disponens sive contrahentes proposuerunt, effectum sortiri posset, si de facto solũ, non de seruitute foret accipienda: Sive enim fuerit in vltima voluntate concessum, sive inter vivos, nihilominus ille fundi successor, qui non est hæres aut legatarius concedentis, contravenire poterit, & impune prohibere possessores alterius fundi, ne in ipsius fundo factum, licet eis ab antecessore alioqui concessum vlterius exerceant: Namq; singularis ille fundi successor consequeretur prędium à servitute liberum: Obligatio vero licet respectu fundi contracta, qua tenebatur antecessor, ad singularem in fundo successorem neutiquam transit, *l. 3. §. opus, ff. de alie. jud. mut. l. vlt. §. Lucius, ff. de contrah. emt. cum sim.* vsque adeo, vt ipse non astringatur, etiamsi de eo simul obstringendo nominatim in concessione agatur: Nec enim testator, quem non honorauit, sive cui nil reliquit, onerare vel obligare potest, multo minus contrahens, *l. soluendo, §. naturalis, ff. de neg. gest. l. nam satis, vers. nec me fallit, ff. quemadm. seru. amitt. l. quæcunq; l. vlt. in pr. ff. de oblig. & act. l. inter stipulantem, in pr. ff. de verbor. obligation. cum simil.* Quare cum effectus ille, vt singulares etiam fundi successores singularibus quoque alterius fundi successoribus ad permittendum sint obnoxij, non nisi mediante servitute possit haberi, planissime conspicitur, seruitutem ipsam, non factum simplex principaliter in concessionem fuisse deductum, cum præsertim effectus tanti sit momenti, vt sufficiat eo dispositionem compleri licet verba lædi videantur, *Oldr. cons. 257. factum*

tale,

tale, num. 5. Crauet. consil. 59. vol. 1. VVesensil. 51. num. 39. p. 2. nec tam ex verbis quam ex effectu, quid sit actum, deprehendatur, *l. insulam, l. si rem, §. si cum unum, ff. de praes. verb. utrobiq. Dd. plurib. ostendit Lud. Roma. cons. 509. num. usq. ad 7.* Tertio: quia talis concessio, si de facto foret intelligenda, nulla & inualida esset quo ad singulares iā acquirentis quam promittentis successores: Contrahendo namque siue stipulando alter alteri præterquam hæredi non potest acquirere, *§. alteri, inst. de inut. stipul. l. stipul. ista, §. alteri, ff. de verbor. oblig. & utrobiq. late tradita per Dd.* Multo minus quis alieni facti, quale singularis in rem successoris est, promissione potest obligari, *d. l. stipul. ista, in pr. & §. ubi Dd. l. inter stipulantem, in pr. ff. de ver. oblig.* Cum igitur nulla dispositio vel conuentio, si aliter sustineri possit, eo sit accipienda modo, quo foret inualida, *l. vbi est verbor. ff. de reb. dub. l. si tam angusti, ff. de seru.* nec quisquam præsumatur eam elegisse viā, qua vel in totum, vel pro parte dispositio sua euertatur, *l. 3. ff. ac testa. mil. §. idemq; iuris, inst. qui & quib. ex caus. Bertrand. consil. 264. in prin. vol. 2. Paris. consil. 72. n. 93. vol. 2. Crauet. consil. 92. n. 5. vol. 1. VVesenb. consil. 38. n. 63. p. 2.* necesse erit, istam quoq; concessionem non de facto, sed de seruitute, quā sustineri potest, intelligi. Quarto: quia si de facto, non de seruitute sensissent contrahentes, pœnam contractui adiecissent, quam ab eis oportet apponi, qui vel factum alterius promittunt, vel ut alteri facere liceat, paciscuntur siue stipulantur, *d. l. stipul. ista, in pr. vers. at si quis velit, & §. alteri, ff. de ver. obli. §. plane, inst. de inut. stipul. ubiq. Dd.* Partes enim secundum leges, & prout licitum est contrahere intelliguntur, *in quam sententiam plura post alios à se relates congerit VVesenb. cons. 44. num. 27. pag. 1.* Proinde quoties in ipsa concessione illa non adijcitur, prout frequentius accedit, vel hinc animadvertere licet, seruitutem potius, quam factum esse concessum. Quinto: Quia si concessionem paulo accuratius perpendamus, non obscure apparet, disponentem siue contrahentes non tam personarum, quam prædiorum habuisse rationem, & in prædio potius atque ipsi prædio principaliter esse concessum voluisse: Nisi enim prædia potissimum respexissent, adeoque propter fundum principaliter concessū esset, de hæredibus potius disposuissent, quippe personas principalium immediate vel mediate saltem repræsentantibus, quibus cum onus imponere, tum prospicere iure licet: non etiam de singularibus in rem successoribus, cum & principalibus incognitum sit, ad quos prædia sint perventura, sæpius etiam ij fundus consequantur, quibus onus impositum vel prospectum esse cōtrahentes nolint, deniq; singularibus illis vnius aut alterius fundi successoribus non nisi secundario minusque principaliter onus imponi vel prospici queat, ratione scilicet prædiorum ab eis possessorum, quibus principaliter onus imponitur aut jus acquiritur, *l. unus, ff. de seru. rust. l. si aquæductus, ff. de contra. emt. cum similibus.* Quoties autem partes principaliter in prædio, adeoque ipsi prædio concessum esse voluerunt, certe non simplex factum, quod prædijs competere nequit, vt sæpe dictū, sed ipsum jus vnius quidem prædij libertatem diminuens, alterius caussā meliorem faciens, ac proinde servitutem concedere voluerunt, *l. de pupillo, §. & belle Sext. Pacius, ff. de novi oper. nunc.* Cui quidem voluntati satis aperte proculdubio præ verbis est omnimodo deferendum, *l. conuentionib. ff. de verbor. signif. & ibid. Dd. l. 3. §. Papinian. quoq. ff. de adim. lega. l. cum virum, C. de fideic.* ne verborum interpretatio tantum valeat, vt sensu melior existat, *l. 3. C. de lib. prater.* sed potius quod actum, quam quod dictum fuit, attendatur, *l. sed Celsus, 6. §. si fundus, ff. de contrah. emt. l. promittendo, ff. de jure dot.* idque tanto magis in proposito nostro, vbi verbis id exprimitur, quod à seruitute concessa non est ali-

est alienum, factum scilicet, quod jure seruitutis competere potis est, & in consequentiam seruitutis venit, quove seruitus non tantum à cæteris ejusdem generis discerni, sed etiam non raro denotari vel exprimi consuevit, rum scilicet, quãdo de seruitute agi non est obscurum, *l. seruitutes, si domo, ff. de seru. vrb. l. is qui duo, ff. de seru. rust. l. potest, ff. com. prædi. §. ult. inst. de seru. cum sim.* Aut vero non vtrinq; sed ex vna saltem parte facta singularium fundi successorum mentio: quo casu plurimum referre videtur, an ab ea parte reperiantur expressi, per quam factum ipsum jure seruitutis competere solitum venit expediendum, puta, si ex parte acquirentis exprimantur, vbi ire agere, lapides cædere, vel quoddam aliud factum affirmativum concessioni subest, aut ex parte concedentis, cum non habere fenestram, non ædificare, non altius tollere, vel simile factum negativum solummodo subesse deprænenditur: tunc enim peræque præsumẽda videtur concessio seruitutis, per ea, quæ pro fundãda præcedentis casus decisione ponderata fuerunt, quæ sibi non minꝰ isto quoq; casu locum vendicant. Cum enim illud ipsum sit, de quo disceptatur, sive quod in controversiã vocatur, vtrum sc. jure seruitutis, an vigore saltem personalis obligationis expediendum sive exercendum veniat: & in proposito nostro sit expresse dispositum, quod illud à singularib. fundi successorib. in alieno fieri possit, siue quod à singularib fũdi successorib. peræq; non fieri debeat, sane cognoscitur hinc, id jure seruitutis hic etiam concessum esse, *per prædicta*: nec officere, quantumvis ex altera parte singulares fundi successores non sint expressi: cum quod ab ea parte vel nihil, ne quidem factum negativum sit expediendum, prout in concessione negativa vsu venit, eoq; nec opꝰ, singulares fundi successores, quib. plane nihil incumbebat agẽdũ, nominatim adijcere: vel solummodo permittendum sit, sive non prohibendum id, quod ab aliis venit exercendum, ut in affirmativa accidit: quę patientia sive permissio, cum veniat accessorie tantum & in consequentiam eius, quod est principaliter concessũ, dispositionem sui principalis quo ad transitum ad singulares fundi successores, sua sponte imitetur & sequatur necesse est, *c. si super gratia, de offic. deleg. in 6. c. accessorium, de R. I. in 6. cum sim.* tum etiam, quod singulares fundi successores ab altera quoq; parte tacite simul inclusi videantur propter vulgatam regulam, qua vno expresse concesso, tacite simul ea, quæ sequuntur ex illo, concessa videri, traditur *l. fin. ff. de offi. eius cui man. l. 2. ubi Dd. ff. de juris d. l. ad rem mobi. l. ad legatum, ff. de procur. cum simil.* An† vero ab ea parte saltem exprimãtur, per quam factum illud sive non factũ alioqui jure seruitutis competere solitum non est expediendum, sive quę vigore concessionis nihil in alieno facere potest, nec ad quicquam inde tenetur, præterquam ad patientiã, si concessio fuerit affirmativa, pura, si quis promittat vicino, se non habiturum fenestras in fundum vicinũ, siue penes stipulatorem vel hæredes eius remaneat, sive ad singularẽ successorẽ perueniat: aut si quis promittat, nec per se, nec per successores fundi singulares fieri, quo minus in eo liceat alteri facere: quo casu menti disponentis sive contrahentiũ magis in dubio consentaneũ crediderim, non seruitutem, sed factum solummodo in concessionem esse deductum: Hic en. idipsum, de quo principaliter disceptatur, siue quod in controversiam vocatur, jurene seruitutis, an vigore saltẽ person. oblig. exercendum veniat, singularib. fundi successorib. nec iniungitur, nec tribuitur, vt per eos non minꝰ atq; per antecessores explicetur siue expediatur: Proinde ratio deficit hoc casu præcipua, qua potissimum subnixi casum vtrumq; præcedentẽ à regula esse accipiendum probavimꝰ. Deinde licet ab altera parte sit illorum facta mentio, quia tamen in eo, de quo principaliter ambigitur, 28

& in quo maxime fuisset necessaria, prætermissa fuit, longe verisimilius est, verbisq; factū denotantib. congruentius, inter partes de facto saltē siue affirmatiuo siue negatiuo concedendo fuisse actum, ita quidem, vt ex parte eius, cui facere licebit, aut qui non facere tenebitur, concessio personam, quę sola fuit expressa, non egrediatur: ad successores autem ab altera parte singulares catenus pertineat, vt etiamsi fundus ad eos peruenerit, illi tamē etiamnū facere licere debeat, vel adhuc illum non facere teneri oporteat, qualis concessio jure valet, *l. stip. ista, §. si stipuler, l. inter stipu. in pr. ff. de ver. obl.* Accedit, quod si casu nostro seruitus elicienda foret, oporteret ex eo, quod ab illa parte, à qua vel nihil potest concessionē intervenit, vel patientia solū pręstāda est, singul. successorū est facta mentio, concludere & inferre, quod ex parte eius, cui facere licebit, aut qui nō facere tenebitur, ad sing. successores transire debeat concessio, quantumvis id cautū in ea minime fuerit: Atqui tale quid admitti vix potest, alioqui principale sequi cogeretur naturam & conditionē accessorij, quod videtur absurdum, quippe cum non modo sit contra *c. si super gratia, de offi. delega. in 6. c. accessorium, de R. I. in 6. & sim.* sed & pro regula receptum, quod ab accessorio principale non regulari possit, nec dispositū in accessorio trahi debeat ad principale, *l. ex principali, ubi Dd. maxime Io. ab Im. ff. de vul. & pup. l. quod per manus, & ibid. not per Dd. ff. de jure codicill.* Adde, quod huiusmodi illatione admissa, lōge maius id quod infertur siue deducitur, foret, quam sit ipsum concessū: Etenim quod ex ea parte, à qua nil post concessionem, aut patientia saltem præstanda venit, singularium successorū facta est mentio, indè concludendum esset, idem obtinere debere ex altera parte, in qua cardo quidem totius concessionis vertitur, at verbum de successor. singularib. nullum: Certi vero juris, ex vnius concessione nunquam ea sequi vel inferri posse, quæ sint ipso concesso majora, *vt not. Dd in l. 2. ff. de jurisd. ac post alios tradit Hartman. Pistor. liber. 1. quæst. 15. nume. 58.* Denique nec argumenta pro casus primi decisione allata, & in secundo casu peræque militantia, quicquam ponderis hîc forent habitura. Namque nota illa cognoscendæ seruitutis, quæso, quomodo sibi locum hic vendicare posset, cum in eo, quod est præcipuum, quove seruitus cum à cæteris, eiusdem generis discernitur, tum etiam nuncupatur atque designatur, ne verbulo quidem de transmissione ad singularem fundi successorem caveatur. Quem vero disponens siue contrahentes effectum hic sibi proposuerint, ex modo dictis & confirmans perspicuum, cum scilicet, vt ex parte illius, cui facere licebit, siue qui tenebitur non facere, concessio non extendatur vltra personam expressam, ab altera vero parte, quia simul expressi fuere singulares successores, transeat ad illos eo, quo prædiximus, modo concessio. Hunc effectum eo ipso cōcessio sortitur, quia de facto, quod verba important, accipitur, minime consecutura eundē, si de seruitute intelligeretur. Nec est verēdum, ne cōcessio quo ad singulares success. invalida sit. Hic n. nihil aliud agitur, quā alterutrum horum: aut ut contrahenti liceat in alieno facere, etiamsi fundum, in quo faciendum conceditur, alter contrahens vel hæredes habere desierint, & ad singulares ille successores peruenerit: qualis concessio valet, cum quia principale factum à contrahēte venit explicandum, vt ex parte singularium success. nil desideretur, nisi patiētia, quam cum promittit antecessor, videtur promittere securaturum vel effecturum, vt illam præstent, *l. inter stip. in pr. ff. de verb. obl. Dd. ibid. & in l. stip. ista, in pr. ff. d. t.* prout eam quoq; in translatione fundi nominatim cavendo, sine difficultate procurare potest, & sic in effectu prohibere illos, ne facientem impediant: tū etiam, quia licet expresse de singu-

singularibus fundi successorib. tantum non fuisset, ijs tamen non præstantib. patientiam facto per eum, cui facta est concessio, explicando, concedens absq; dubio teneretur, secundum ea quæ inferius dicentur. Quod si prohibentib. illis tenetur promissor, etiamsi dictum id non fuerit, æque vel magis concessionem valere oportebit, qua nominatim id agitur, vt facere tum quoq; liceat, cum fundus promittentis ad singularem successorem peruenerit, *l. hac verba, ff. de lega. 1. l. non recte, C. de fideiuss. junc. l. triticam, ff. de ver. obl.* Aut vt contrahens sive concedens teneatur non facere, quantumvis ad singularem successorem stipulatoris fundus peruenerit: qua conuentione non tam singulari successori, cujus à parte nil intervenit quive contravenientem prohibere jure non potest, quam sibimetipsi acquirit, ratione scilicet atq; respectu ejus, quod olim, cum fundus ad alium suus perveneriṫ, sua interesse aut interesse poterit, per alterum contrahentem non contra fieri, *d. l. stip. ista, §. quæsitum, & §. si stipuler, ff. de verb. obl. & patet ex traditis per Dd. in l. si sub una, §. si quis, ff. de verb. obl.* vt proinde nō immerito subsistat ea. *jur. pracit.* Cujus porro consequens est, conventioni per sese etiam quod ad singularium successorum adiectionem validæ, ne quipem pœnæ adiectionem esse necessariam. Tandem nec dici potest, disponentem sive contrahentes, prædiorum potius, quam personarum habuisse rationem. Nec enim caverunt id quod est potissimum & principale, in quo cardo totius concessionis vertitur, ad singulares fundi successores transmitti oportere, vt secundū hanc in eo dispositionem cœtera in consequentiam venientia intelligerentur, sed ex ea tantum parte, á qua nihil, aut quod secundario tantum, minusque principaliter concessioni, factoq; in eam deducto subest, exigitur, meminerunt singularium fundi successorum, & quidem ea, quam prius ostendimus, intentione, vt scilicet ille principalis, cuius personam concessio non egreditur, tamen emolumentum percipere faciendo queat, aut non facere teneatur, etiamsi alter, cum quo contraxit, fundum possidere suum desierit, adeoq; in successores singulares transtulerit. Par est igitur, vt hanc disponentis aut contrahentium intentionem concessio non egrediatur, *l. si quis nec caus. l. non omnis, ff. si cert. pet. cum simil.*

Limit. 4. Quando † factum seu facultas alicui concessa per multos annos continuata fuit in hæredes aliosve successores: eo namque casu concessio, quæ propter facti seu facultatis mentionem alioqui personalis haberetur, ex post facto realis præsumitur. atq; adeo seruitus ipsamet concessa intelligitur: id quod ex taciturnitate concedentis, eiusue successorum colligitur, qui neutiquam passuri fuissent tantum onus fundo suo incumbens, nisi concessissent, vel noscent in rei veritate concessum fuisse jus reale, adeoq; seruitutem ipsam, ad successores quosq; cum fundo transitoriam: *& in hanc sententiam tex. est etiam notabilis in c. cum venissent, ubi singulariter notata per gl. & Dd. de insti. ut. atq; idipsum tenuit Decius cons. 262. n. 5. Alc. respons. 203. n. 31. Zas. in l. si sub una, §. si quis, n. 7. in fi. ff. de ver. obl. Men. de præsumti lib. 3. præsum. 103. n. 36. & 37.* Suffragatur inprimis, quod de observātia subsecuta traditur, eam interpretari atq; declarare actus dubios, *Dec. con. 283. n. 7. Cran. cons. 226. n. 6. Natt. con. 192. n. 4. & con. 406. n. 28.* & ostendere contrahentium sive disponentis voluntatem, *Crav. con. 101. nu. 3. vol. 1. Men. con. 349. n. 15. lib. 4.* Quo fit, vt retinenda sit interpretatio ducta ab observantia, tametsi minus recta alioqui foret, adeoq; prævaleat etiam proprietati sermonis, *Late Men. & per eum allegati con. 390. lib. 4.* 22

Limit. 5. quando † concessio fit ipsi fundo, puta, si dicatur, concedo fundo tuo, ne possim luminibus eius officere, ne possim altius tollere: vel, concedo prędio tuo, vt lapides in meo 23

 cædere,

cædere, arenam fodere, cretam eximere, pecora eius in meo pascere liceat, &c. Nam tunc quoq; licet factum verba designent, magis esse servitutis, quam nudi facti concessionem præsumendam videtur; *vt in terminis decidit Ias. in l. ult. n. 6. ff. de noui oper. nunc.* & satis probatur per Dd. ferme vnanimiter statuentes, concessionem ipsi rei factum, esse realem, vnaq; cum re transire semper ad quemlibet eius possessorem, *Dyn. in c. priuilegium, nu. 6. vbi cæteri Dd. de reg. jur. in 6. Joan. ab Imo. in l. maritum, n. 2. ubi Cast. n. 4. & alij, ff. solut. mat. Alex. cons. 192. lib. 2. Jas. con. 89. lib. 3. Dec. in l. in omnib. caussis, n. 15. ubi Cagn. n. 14. plures allegans, ff. de regul. jur. Men. de præs. lib. 3. præsu. 103. nu. 26.* tum etiam *per tex. l. 1. §. permittitur, ff. de aqu. quot. l. ætatem, §. reb. t. forma, §. quanquam, ff. de censib.* & similes, aperte monstrantes, concessionem rei factam nunquam extingui, licet persona, quæ scilicet concessionem rei fieri procuravit, extinguatur. Vnde cũ in proposito sit id rei concessũ, quod jure servitutis ei competere consuevit necessario consequitur, non factum, quod cum personis intercidit, sed ipsam servitutem esse concessam, quæ & prædio debetur, *l. via, §. quæcunq., l. vnus, ff. de seru. rust.* & cum eo ad quemcunq; successorem transit, *l. via, §. si fundus, l. si partem, l. cum fundo, ff. de servit. rust. cum simil.* Quin vel hinc etiam licet idem arguere, quia fundus ipse, cui nominatim facti concessio tribuitur, nec agere quicquam nec facere potest, vt prinde sit omnino necessarium, concessionem sic accipi, vt factum non per sese principaliter in concessionem deductum, fundoq; tributum intelligatur sed minus principaliter, ac duntaxat in consequentiam servitutis illo facto denotatæ, quippe quæ sola prædio, cui concessio facta, per sese directòque deberi & acquiri potest, *l. non dubito, ff. de servit. l. via, §. quæcunq., l. si quis duas, ff. comm. prædior.* Nec obstat *l. vlt. §. vlt. ff. de contr. emt. & l. Caius, ff. de ann. lega.* quibus & si proponitur, ex vno prædio quotannis aliqua fuisse præstanda alteri prædio, nihilominus negatur huiusmodi concessionem ad singularem transire successorem. Nã quo minus ibi possit intelligi concessa servitus, caussa est, quia concedenti saltem iniungitur onus præstandi quotannis è fundo suo quidpiam alteri prædio sive possessori eius: quod servituti plane repugnat, cuius non ea natura, vt servientis fundi dominus quidpiam in suo faciat, sive alteri præstet facto suo, quod ei prosit, sed vt non faciat, vel patiatur alterius fundi possessorem autoritate propria facere, suaq; veluti manu, sive directô vel immediate ex fundo sumere, quod sit vtile, *l. 3. §. duorum, ff. de vsuf. l. quoties nec, §. servitutum, ff. de seru. l. etsi forte, §. & Gallus, ff. si serv. vend. §. vlt. inst. de seru. l. 2. §. item si facto, l. 4. §. Cato, l. cum filius f. §. si stip. l. in executione, §. quod si, l. si stipulat. cum sim. ff. de verbor. oblig. prout etiam supr. fuit aliquoties notatum.*

Limit. 6. Vt † regula sub initium 24
proposita saltem in casu dubio locum habeat, cum non aliunde certius apparere potest, quid concessum fuerit, *vt aperte docuit Bar. in l. Luc. ff. de ser. rust. & in l. pat. n. 8. f. de seru. lega. Coras. in l. 1. n. 123. ff. de ser. Men. d. præs. 103. n. 3. 3. & sensere cæteri Dd. ad illam superius all.* Secus erit, quando ex circumstantiis, coniecturis aut aliũde nõ obscure patere videtur, concedentem & acceptantem in concessione verbis facti concepta sẽsisse de servitute, eamq; imponere & acquirere voluisse: huic enim ipsorũ voluntati proculdubio standum, *per ea quæ latius exer. prox. præced. lim. ult. deduximus.* Ergo si concedenti tantum pretij datum fuisset, quanti valet, aut comm. æstimari potest ipsa servitus, certe verbis factum denotantib. non simplex modo factum, seu facultas cum personis desitura, sed servitus cum prędio perpetuò duratura censeri debebit, concessa, *prout rectè tradidit Cep. de ser. vrb. c. 30. nu. 5. v. & ideo si concessa illa.* Cum enim prætij quantitas appri-

apprime conueniat ei, præsumitur de ipsa potius actum, eamq; in concessione fuisse comprehensam, *per ea quæ tradit gl. in l. 1. §. qui superficiem, ff. de superficieb. & in l. in obscuris, ff. de regul. jur. & plurimi ordine relati per Menoc. liber. 3. præsu. 73. nu. 1.*

25 Limit. 7. Quamvis † facti concessio servitutem regulariter non importet, si tamen is, qui prædio suo servitutem habet acquisitam, concesserit fundi servientis domino per verba factum designantia facultatē id faciendi, per quod servitutis exercitium sive vsus prorsus impeditur, jus ipsū seruitutis illo faciente amittitur, *tex. not. in l. si stillicidy, vers. & similiter, & ibi sensisse videntur ipsum Dd. ff. quemadm. seruit. amit. Donell. liber. 11. com. de jure ciui. c. 17. §. vlt. vers. remisisse.* Nec id immerito quidem, quia longe facilius amittuntur, quam acquiruntur servitutes, cum propter adiosam illarum naturam, tum etiam favore libertatis recuperandæ, *vt post gloss. in l. si precario, notat ibid. Castr. num. 3. commu. prædior.*

Limit. 8. Licet † verbis factum designantibus non servitus, sed factum solummodo censeatur in obligationem deductum, tamen id non vno saltem die, vel vna vice, sed pluribus, prout opus fuerit, exercere vel vsurpare vicibus licebit, *vt post alios notat Iason in l. apud Iulian. §. si quis alicui, numer. 20. & seqq. & Zas. num. 6. ff. de legat. 1.* Qua tamen in parte crediderim esse distinguendum inter factum continuum sive caussam habens successivam, quod vbi semel cæptum, effectus eius continuo durare consuevit, vsque dum facto contrario rursus aboleatur, puta, tignum immissum habere, & factum momentaneum sive discontinuum, quod perpetuo sive continenter explicari nequit, sed temporis intercapedinem recipit, *l. servitutes, 14. in pr. ff. de seruit.*

26 Illud vbi † concessum est, procul dubio non tantum aut altero die, sed quo vsque is, cui facta concessio, vixerit competet, *Iason in l. si sis stipulatus numer. 3. ibi, quia habet tractum successivum, ff. de verbor. oblig.* Id enim cumprimis exigit facti successivi natura, quæ in eo consistere dignoscitur, vt semel inchoatum sua sponte perpetuetur, atque sine temporis intermissione durare soleat, *l. servitutes, in pr. ff. de seru. vrb. l. 1. §. loquitur, ff. de aq. quot.* Qualis autem naturæ conditionis est vnumquodque, tale in obligationem omnimodo deducitur, *l. alienatio, vbi not. per gl. & Dd. ff. de contrah. emt. l. debitorem, C. de distr. pign. l. si prædium, C. de evict. cum simil.* vt quælibet concessio secundum naturam eius, quod in illam deductum reperitur, intelligenda sit, *l. un. §. sin autem, C. de caduc. toll. Menoch. cons. 259. num. 22. lib. 3. & consil. 331. n. 35. lib. 4.* & actum videatur illud, quod ex qualitate rei colligitur, *vt post gl. in l. semper in stipul. notat Bart. ibid. & aly, maxime Dec. num. 6. ff. de regul. jur.* Quocirca nil mirum, si is cui facta concessio, possit huiusmodi factum continuare, vsque dum ipso per mortem sublato, simul ei acquisita & cohærens obligatio, vigore cuius illud vnice cum debetur, tum permittitur, evanescat, *l. 3. §. morte, ff. quib. mo. usu. l. in omn. caus. ff. de R. J.* Denique cum sit continuum nihil aliud, quam vnum totum sine intermissione, *l. continuus, in pr. ubi Dd. ff. de verb. obligat. Menoch. cons. 122. num. 32. lib. 2.* certo factum quoque, de quo loquimur, etsi diutissime exerceatur, vnum tamen & idem erit, non plura: Quocirca nec obligationi satisfactum erit, nisi factum illud vnum semper idemque remanens plene & integre permissum fuerit exercenti, *l. 2. §. 1. ff. de verb. obl. l. si stipulato, §. qui decem, ff. de solut. §. si minus, inst. de act. cum sim.* Plene autem & integre nō permitteretur, si vno tantū aut altero die, permitteretur, non autem toto illo tempore, quo poterit ille factum vnum idemque remanens exercere, *l. ut si cui, 12. §. minus vbi Dd. ff. de verb. signi.* Accedit, quod indeterminatum tempore sine

sine legis testatoris aut contrahentium dispositione ad certum, & quidem perexiguum tempus restringere, iuris ratio neutiquā sinat, *l. illam C. de collat. §. consideremus, in auth. de triente & semiss.* tum præsertim, quando caussa restringendi iusta non subest, *Ias. in l. præses, num. 3. C. de transac. VVes. cons. 2. nu. 1, p. 1.* Factum vero continuum sive successivum, quod assidue potest & solet exerceri, simpliciter in obligationem deductum procul dubio est tempore indeterminatum, nec subesse iusta coarctandi ratio videtur, cum si disponens sive contrahentes tempore circumscriptum voluissent, procul dubio temporis præfinitionem adiecissent, quam facilime nullo negotio poterant apponere: Ergo ad vnum aut alterum diem, mensem, annum id restringere minime licebit. Denique constat, quoties factum negativum concessioni sive dispositioni subest, non sufficere, si vno aut altero die, mense, vel anno non faciat obligatus, sed exigitur, vt quam diu vixerit, non faciat, *l. Titio fundus, ff. de cond. & dem. §. si quis ita, inst. de verb. obl.* Vnde interpretes illam extruxere theoricam: quod negativa dispositio non solum de primo actu, sed in infinitum intelligenda sit, *l. si stipulatus, ubi Dd. ff. de verbor. obligatio. gl. in l. hoc genus, & ibid. Dd. ff. de cond. & dem. Alciat. in l. boues, §. hoc sermone, num. 3. ubi Tiraq. limit. 7. plura cumulans, qui num. 7. testatur eam à nemine impugnari, ff. de verb. signif.* Hoc vero non alia de causa vsu venit, quā quia factum negativum non est momentaneum, sed tractum habet successivum, *Iason in d. l. si sic, n. 3.* quippe cum sit nihil aliud, quam intermissio certi facti, tam continenter, tamque perpetuo continuata, vt nullo momento interpelletur, nisi quando facit obligatus id, quod tenebatur non facere, *d. l. Titio fundus.* Cum igitur eadem plane in facto affirmatiuo continuo ratio subsit, idem in eo iuris obtineat necesse est, *l. illud, ff. ad*

27 *leg. Aquil.* Vbi † tamen discrimen simul observandum inter factum continuum affirmativum & negativum: quia negativum licet facto contrario fuerit interpellatum, si tamen obligatio non ad totum id quod interest, cuius exactione tolli posset, commissa sit, nihilominus vlterius obligationi subest, vsq; dum vivit obligatus, eam scilicet ob caussam, quia simul atque contra, quam conventum fuerat, facere desinit, quod protinꝰ euenit, cum facta pleraque sint momentanea, *l. seruitutes, 14. ff. de seru.* eo ipso rursus incipit non facere, *d. l. si sic, ubi not. per gl. & Dd. & patet etiam ex congestis per Tiraq. lo. rel.* cum è diuerso affirmativum continuum, simul atque non faciendo vel potius contrario facto fuerit abolitum, regulariter competere desinat, nec in dubio permissum videatur, vt inchoetur de novo, sive repetatur, puta, si tignum, quod ædibus alienis immissum habebatur, iis eximatur, novum eo loci postea rursus immittere minime licebit: *ita censuit gl. in l. si cum meus, ff. si seru. vend. per tex. ibid.* qui generaliter, prout loquitur, acceptus satis hoc probare videtur: *Tenet etiam Cepoll. de seru. urb. c. 30. num. 5. maxime in vers. ego puto, quod in hoc.* Confirmatur per regulam, à qua in dubio non recedendum, quod dispositio quælibet simpliciter concepta, vno primoque actu consumatur & finiatur, *l. actio promissio, vers. quod enim, ubi Bar. ff. de iure dot. l. cum pater §. pat. certam, ff. de lega. 2. l. boues, §. hoc sermone, ubi post alios Tiraq. multis eam textib. & alle. ornans, ff. de ver. oblig.* quæ tanto magis hic obtinere debet, cum, quia factum continuum satis aliàs diu durat, vt semel integre permissum vsque dum ad exitum perduceretur, obligationem vna secum finiat, planeque consumat effectum secundum disponentis intentionem, nec verisimile videatur, vlterius eum in maximum sui præiudicium alteri factum denuo continuandum competere voluisse: tum, quia sui natura non est multiplex, quippe semper vnum idemq;

idemq; remanens, nec de jure interrumpi sive consumi solet, quando subest adhuc is, cui facere jus est, nisi contrario ipsiusfacto, qui siue ab initio factum concessum sic exercere cœpit, vt tractu temporis idipsum vlterius commode continuari minime potuerit, sive cum diutius commode continuari posset, sua sponte pro libitu censuit abrupendum, sive sit eiusmodi factum, quod more cæterorum continuari diutissime vix possit, nec in eum euentum, quem prævidere tam poterat, quam debebat, sibi prospexerit, semper erit, quod sibimet imputet, cum sit in caussa, quo minus id sibi competat amplius, nec remittentibus expresse vel tacite jus suum, sit permittendus ad id regressus, *l. quaeritur, §. si venditor, ff. de adil. edic. c. quam periculosum, 7. q. 1. Lud. Roma. cons. 326. num. 2. & cons. 369. num. 16.* Tandem etiam propter evidentem rationis diversitatem inter continuum factum affirmativum & negativum, cum hoc & ei incumbat expediendum, qui obligatione tenetur obstrictus, qui proinde contrafaciendo tantum abest, vt jus alterivs lædere queat, *l. id quod nostrum, ff. de regul. jur.* vt ipse potius ad interesse propterea teneatur, *l. 2. §. item si in facto, l. 4. §. Cato, cum sim. ff. de verbor. oblig.* ac nihilominus ad non faciendum obligatus remaneat, *d. l. si sic, vbi Dd. ff. de verb. obli.* & protinus eo ipso rursus inchoetur & incipiat, quia facere cessat contraveniens, quorum neutrum in illo conspicitur, quod & per eum venit explicandum, qui alterum habet obligatum ad permittendum, ac proinde contrafaciendo periudicare juri suo potest, *l. damnum, de regul. jur. in 6. cum simil.* & semel interpellatum sive consumtum non illico reviviscit, aut esse rursus incipit, simul atq; cessat quis contrafacere, cum cessatio facti contrarij sit nihil aliud quam non facere, sed opus est, vt de novo rursus inchoetur, & producatur. Vt igitur propter ea, quæ diximus, factum negativum licet interruptum in obligatione remanet, Ita consequens est, vt factum affirmativum, in quo plane contraria depræhenduntur, semel interruptum in obligatione non amplius remaneat, sed eam finiat, siquidem cōtrariarum caussarum contrarij sunt effectus, *l. & si contra, in fi. ff. de vulg. & pup. c. hospiciolum, in fi. 32. dist. Deci. in l. secund. naturam, num. 5. ff. de regul. jur.* ratioq; diuersa regulariter etiam diuersitatem juris arguit, & importat, *l. hac actio, cum l. seq. ff. de calum. Tiraq. tr. cessante caus. p. 1 num. 173.* & quod oppositum operatur in opposito, id propositum operari potest in proposito *l. penul. C. de solut. l. si ex toto, in pr. ff. de lega. 1. l. ult. §. ult. ubi Barto. & reliqui Dd. ff. de lega. 3. Sebast. Monti. 20 iuuen. hare. c. 6. num. 15. VVesen. cons. 31. num. 11. p. 2.* Si tamen adiectum esset tempus, vltra quod non amplius competere debeat, sive certum, puta, decennium, sive incertum, puta, quo ad vivet, factum quoque affirmativum continuum censebitur in dubio repetitum, vt quoties intra præfinitum tempus interrumpitur, toties inchoari de novo possit, *l. sicut in annos, ubi Dd. ff. quib. mo. ususfr. amit. Bart. in l. legatum, ff. de ann. lega. Joan. ab Imo. in l. eum qui, §. qui ita, num. 6. ubi etiam Alex. num. 4. fi. eius sententiam restringens, Iason num 10. Alciat. nu. 14. ff. de verb. oblig & in hanc sententiam plures allegat Tiraq. in d. l. boues, §. hoc sermone, lim. 4. num. 1. & 2.* Cum propter naturam dictionum ad tempus vsq; præfinitum esse quidpiam concessum denotantium, quas in successivis habere vim repetitionis constat *Dd. in d. rel.* tum, quia cum relevatio fiat in vno, scilicet vltra tempus assignatum competat, par est, vt onus annexum repetendi scilicet facti semel consumti, simul agnoscatur, *l. secundum natu. & ibi not. per Dd. ff. de regul.* Porro cum factum momentaneum sive discontinuum jure seruitutis alioqui competere solitum, obligationi subest, puta, ire, agere, lapides cœdere, & id genus alia, subdistinguendū

28 videtur: Aut ſenim conceſsio ſub determinatione certæ quantitatis rei ſcilicet ex alieno ſumendæ facta depræhenditur, puta, ſi concedatur licere in alieno cædere lapidũ plauſtra quinquaginta: quo caſu poſtquam acquirens facto ſuo quantitatem præfinitam ſemel eſt conſecutus, non amplius & facere, nec tantundem cõſequi multoties licebit, *Zaſ. in l. apud Julian. §. ſi quis alieui, num. 6. ff. de lega. 1. dicens ita ſeruare conſuetudinem*: Probatur id, primò quidem *per regulam l. dotis promiſsio, ff. de jure dot. l. boues, §. hoc ſermone ff. de verb. ſign.* paulo ante adductam, quæ non tantum in conceſsionibus inter vivos, ſed in vltimis etiam voluntatibus generaliter obtinet, *l. cum pater, §. pat. certam, ff. de lega. 2. cum ſimil. & poſt Felin. in c. 2. de trenga & pace, & Iaſ. in l. diuortio, §. quod in anno, in fi. ff. ſolu. matr. plurib. euincit Tiraq. in d. l. boues, §. hoc ſerm. lim. 15. num. 8. 9. 10.* Cui ſuffragatur apprime, quod in caſu dubio, qualis hic omnino præſupponitur, quando non apparet, quid actum ſit, vel quid agi conſueverit, quod minimum eſt, ſequi, *l. ſemper in obſcuris, l. ſemper in ſtipulat. vtrobique not. per Dd. ff. de regul. jur.* cumq; de obligando quæritur ad negandum, ſi habeamus occaſionem, propenſiores eſſe, *l. Arrianus, ff. de act. & oblig.* adeoque teſtatorem minus hæredem onerare voluiſſe, præſumere debeamus, *l. ſi ita ſit aſſcriptum, ff. de lega. 1. l. unum, §. ſirem, ff. de lega. 2.* Deinde iſthæc conceſsio nihil aliud eſſe dignoſcitur, quam promiſsio ſiue legatum certæ quantitatis, *Caſt. in d. §. ſi quis alieui, num. 2.* à cæteris in eo ſaltem diſcrepans, quod propter verba obligationis executiua ad eum cui conceditur, relata, annexam habeat facultatem ſumendi ex alieno fundo autoritate propria debitam ſibi corporalis emolumenti quantitatem, non autem neceſſe ſit expectari, vſque dum præſtetur ab obligato fundi domino: Certa igitur corporalis emolumenti quantitate integre percepta, conſequitur, idipſum quod promiſsione ſeu legato continetur, ſive quod eſt in obligationem deductum, integre perceptum eſſe: Atqui ſolutione ſive perceptione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio, *tex. in pr. inſt. quib. mod. toll. obl.* Quo fit, vt extincta obligatione tantundem rurſus aut multoties deberi nequeat. Tertiò: Si præfinita quantitate ſemel percepta liceret eam ex alieno denuo vel ſæpius ſumere, certè ſequeretur, creditorem iterum, aut multoties poſſe juſtè conſequi, quod accepit, adeoque ſemel exactum licite rurſus exigi: Conſequens abſurdum, & juri tam naturali quam civili contrarium, *l. ſi quis dolo, §. ſi quis creditorem, ff. de re judic. c. bona fides, de regul. jur. in 6. l. bona fides non patitur, 57. ff. de reg. jur. ubiq; Dd.* Igitur antecedens verum eſſe nequit. Quartò: Quia concedens deducendo certam quantitatem in obligationem, eo ipſo ſimul aperte oſtendit, nolle ſe vel ſucceſſorem ſuum debere ſive teneri vltra quantitatem in conceſsione expreſſam, *arg. l. maritus, verſ. ſin autem, C. de procur. juncta l. cum lex, ff. de legib.* Vnius enim incluſio ſolet eſſe reliquorum excluſio, *l. cum prætor, ff. de judic. cum ſim. VVeſenb. conſ. 25. nume. 5. conſ. 50. num. 27. p. 1. conſ. 94. num. 34. p. 2.* & expreſſe diſpoſitum in vno, intelligitur denegatum quo ad alia, *l. & ſi ſine, §. ſed quod Papinian. v. & quod ait, ubi Bald. ff. de minor. Natta conſil. 430. num. 27. lib. 2.* Quicquid enim aſsignata quantitate ſemel integre percepta, exigitur amplius, id ſive tantundem ſit, ſive plus, ſive minus, denique ſive eodem ſive ſubſequentibus annis exigatur, procul dubio eſt vltra quantitatem conceſſione expreſſam: Temporis enim interſtitium, vel æqualis quantitas, efficere nequeunt, ne quod poſt perceptionem expreſſæ quantitatis etiamnum exigitur, ſit vltra illam quantitatem expreſſam: Ergo ſemel ea percepta, tantundem ſumere denuo vel ſæpius, minime licebit. Quintò; Si quantitate

titate semel adepta liceret multoties eam vlterius exigere, induceretur annua quæpiã vel menstrua concessio: Nisi enim talis intelligatur, quæ certo demũ tempore sit reiterabilis, poterit is, cui facta est concessio, quolibet tempore vel singulis horis tantã è fundo sumere quantitatem: quod non modo iniquum & absurdum est, sed insuper etiam efficit, vt restrictio ad certam quantitatem facta reddatur elusoria, planeq; frustratoria, illo sumtione crebriore tantundem vel etiam plus percipiente, quã si fuisset indeterminate concessio facta: Atqui concessio simpliciter concepta, non præsumitur neq; censetur annua vel menstrua, quantumvis facta sit in vltima voluntate interpretationem alioqui largiorẽ admittente: *Ita sensit Bart. in l. legatum, & in l. annua, n. 4. ff. de ann. lega. & post alios sequitur et pro reg. constituit Men. lib. 4. 10. 2. præsumt. 132. n. 1.* multoq; minus, si sit inter viuos facta, *prout patet ex traditis per Bart. in d. l. legatum, & in l. eum qui, §. qui ita, n. 3. ubi cæteri Dd. præsertim Alex. n. 4. & Ias. n. 11. ff. de verb. obl.* Itaq; defendi minime potest, plus quam semel deberi cõcessam quantitatem. Deniq; si rectius inspiciamus, interpretes *in d. § si quis alienum,* id ipsum casu nostro non obscure videntur indicasse, quandoquidem illorum plures contendunt, legatũ facti certa quantitate determinati, siue certæ quantitatis ex alieno sumendæ, esse ad heredes legatarij transitorium: quod procedere minime posset, si tale legatum censeretur reiterabile, (liceat ita cum Dd. loqui) vel annuũ, *l. si in singulos, l. in sing. ff. de ann. lega.* prout etiam, quando legatũ est annuum, ei doctrinę siue sententię nõ esse locum, *præ cæteris expresse tradidit Castren. ibi d. nu. 2. Alex. nu. 2. Et clarius hanc eorum sententiam denotauit Ias. illic n. 12.* quando arguit, nisi legatum facti indeterminati sit annuum, fore consecuturum, quod prima vice finiatur, eoque transeat ad hæredes: Cum igitur legatum facti certa quantitate determinati simpliciter conceptum agnoscant interpretes, non esse annuum, siue menstruum, necesse est, facto semel explicato finiri legatum, prout etiam similiter Ias. argumentatur loc. rel. Aut † vero concessio facta fuit sine determinatione certæ quantitatis rei ex alieno sumendæ, *ut in d. § si quis alieni, l. stip. ista, § si quis ita, l. quod dicitur, ff. de verb. oblig.* & concludendum videtur, in dubio, acquirenti nõ semel tantum, sed quoties op9 habebit, in alieno factum exercere licere: *Ita procedit, quod tradit Raphael Cum. in l. eum qui Calendis, in pr. ff. de verb. oblig. Ias. in d. l. apud Julia. § si quis alieni, n. 11. & 12. idemq; in proposito recte defendit Zas. in d. § si quis alieni, n. 6.* Quoties enim indeterminate quid conceditur, determinatio sumitur a persona eius, cui concessio facta fuit, vt tantum intelligatur ei concessum, quantum ipsi fuerit opus, *l. 1. l. jus alimentorum, ff. ubi pup. educ. l. sicut annuum, ff. de ann. lega. Joa. ab Im. in d. § si quis alieni, n. 10. ubi Jas. n. 5. Zas. n. 6. Ias. in § aque, n. 18. inst. de act. Alex. con. 18. nu. 3. vol. 2.* vel a fundo, quantum ei necessarium, *l. ergo, l. is qui vno, ff. de seru. rust.* si sit prædij, cuius vtilitatem factum concernere dignoscitur facta mentio, vel per respectum ad prædium ipsi personæ cõcessio facta, *VVes. con. 69. n. 3. & not. sup. amp. 9. & 10.* Siue autem determinatio sumenda sit ab indigentia personæ, siue necessitate prædij, nunquam sufficit, semel in alieno fecisse, cum non eo solum, quod vna horula vel die solet aut potest in alieno fieri vel indesumi, opus habeat, sed vt persona prædiumue diutissime durant, ita plurima pro sui sustentatione diutissime desiderãt. Cũ igitur cõcedens indefinitã & indeterminatã concessionẽ nõ restrinxerit, eoq; ipso toties, tantumq; facere licere permiserit, quantũ acquirẽti vel ei9 prędio necesse vel opus fuerit, sane liquido patet, factum indeterminatum plus quam semel exerceri posse. Deinde certi iuris, quoties per factum semel explicatum intentioni seu menti disponentis aut contrahentium non satisfit, siue, vt ali-

vt aliorum verbis vtar, quoties vnicum factum non consumit effectum secundum intentionem disponentis, de factis etiam vlterioribus dispositio venit intelligenda, *Iason in l. diuortio, §. quod in anno, num. 27. ff. solu. mat. Alc. in d. l. boues, §. hoc sermone, vbi Tir. lim. 6. plurimos alligans, ff. de verb. signi.* Quod autem in proposito disponentis intentioni satis fieri prima vice nequeat, nemini factum concessum rite consideranti obscurum esse potest: Cum enim facta discontinua iure seruitutis alioqui cōpetere solita, trium ferme generum esse dignoscantur, vt vel accessum per alienum fundum ad nostrum, vel ex alieno quidpiam sumendi, vel onerosa prædio nostro in alienum auertendi licentiam præbeant: siquidem semel tantum per alienum fundum ire, iumentum aut vehiculum agere liceret, nihil id profuerit acquirenti, qui pro vnica illa vice tam potuisset per solum incedere publicum, quam per id semper alias ire commeare oportuit & oportebit: Sic vicinum nil relevabit, si modo concessum intelligatur id, quod vna vice poterit e fundo secum asportare, vel in fundum auertere: Sunt enim hæc eiusmodi, quæ tum demum vtilitatis quid afferre queant, si multoties fieri permittantur, nec tamen inde multum decedat aut præiudicetur concedenti. Nihil vero minus verisimile, quam credere disponentē in vltima voluntate vel solenni contractu inter viuos concedere voluisse, quod multo levius & vilius est, quam vt in concessionem dignè deduci posit, quale omnino fuerit, semel transire per fundum concedentis, semel aquam haurire, lapides aliquot vel arenæ parumper eximere: Sic igitur patet, vnicum factum non consumere effectum secundum intentionem disponentis, *Iason d. §. si quis alicui, num. 12.* ac proinde necessario concessio nostra de factis etiam vlterioribus est accipienda, *Iaf. lo. rel.* Præterea cum id, quod vigore facti concessi vel ex alieno sumitur, vel in alienum deriuatur, pondere, numero, mensuraue contineatur, attamen sine adiectione numeri, mensuræ, ponderis in concessionem deductum sit, plane remaneret incertum, si factum ad primam vicem restringeretur, siquidem concedens liberari posset, si vel minimum atq; vilissimum quodque, puta, lapillum vnum & alterum, eximere permisisset, (esset enim verum, acquirentem semel exemisse lapides) ac per consequens ob tantā incertitudinem, quia non appareret, quantum fuerit concessum, inutilis & inualida redderetur obligatio, *l. si sic, legatum, §. 1. ff. de lega. 1. l. triticum, l. ita stipulatus, de verbor. obli. ubiq; not. per Dd.* Rursus quia factum ipsum est eiusmodi, peræque dici posit id fecisse, qui vel momento saltem fecerit, quam qui longiore tempore fecerit, concedens liberari posset, si vel momento temporis permiserit acquirentem facere: Non enim minus verum est, eum iuisse, lapidesue excidisse, cui vix momento tale quid facere licuerit, quam eum, qui per integrum diem, aut diutius iuerit, lapides exemerit. Proinde si de vnico actu concessio foret intelligenda, ratione indeterminati quoq; temporis vitiaretur aut elusoria redderetur; *d. l. ita stipulatus, cum ibi not. per Dd.* Vt igitur tanta incertitudo & absurditas deuitetur, & vtiliter obligatio sustineatur, fateamur oportet, disponentem siue contrahentes de facto, quoties opus erit, exercendo egisse siue cogitasse, eoq; non semel id, sed multoties competere voluisse, *l. triticum, ubi Dd. ff. de verbor. oblig.* Deniq; confirmari videtur inde, quia minime sibi locum isto casu vendicant eæ rationes, quibus concessio sub determinatione certæ quantitatis facta, fuit ad primam vicem restricta. Quod enim regulam *ex l. dotis promissio, ff. de iure dot. d. l. boues, & §. hoc serm. & similib. iurib.* extructam ei attinet, nō est ei locus, quoties prima vice disponentis voluntati non

non est satisfactum, *l. oratione, ff. de ser. l. veluti, §. hac vox, ubi Bald. & alij, ff. qui satisd. cog. l. hac conditio, ff. de cond. & dem. Felin. in c. 2. de treuga & pace, Alc. in d. §. hoc sermone, nu. 6. ubi Tiraq. lim. 6. per tot. plura more suo cumulans*: sive quoties verisimile non est, disponentem de prima saltem vice sensisse, *l. cum pater, §. pater certam, ff. de lega. 2.* prout animaduertere licet in casu nostro, per ea quæ modo pro illius decisione considerauimus. Eadem ratione remouentur hic aliæ regulæ, pro subsidio prioris adductæ, quippe quas constat, in casu dubio saltem, quando aliud non apparet, procedere, *d. l. semper in obscuris, ubi Dec. n. 1. & 2. l. semper in stip. ff. de regul. jur. c. in obscuris, ubi Dyn. n. 2. & 3. & alij, de reg. jur. in 6.* Cumq; certa quantitas ex alieno desumenda non fuerit expressa, dici non potest, protinus vnica sumtione seu facto idipsum quod in promissione seu legato continetur, integre perceptum esse, vti nec bis aut sæpius idē exigere perhibetur, qui nondum totum id, quod debebatur accepit, sed per vices, prout occasio tempusq; tulerit, percipit, *l. si stipulatus, §. qui decem, l. cum decem, ff. de solut.* & alioqui constat regulam *d. l. bona fides non pat. ff. de regul. jur.* non obtinere, quando vnica vice seu facto non consumitur obligatio tota, *l. si sic stipul. fuero, ff. de verb. obl.* Similiter allata quarto & quinto loco, quia super quantitate certa fundata, huc ad indeterminatam concessionem minime quadrant. Etsi vero post *Cuman. Jason in d. l. apud Julian. §. si quis ali. ui, num. 11. & 12. ff. de lega. 1.* sensisse videatur, illam indeterminatam concessionē in vltimis demum voluntatib. de plurib. esse vicibus intelligendā, quia tamen rationes eædem non minus in contractib. procedere dignoscuntur, admittamus necesse est, idem vtrobiq; juris esse
10 oportere. Id † potius aduertendum, quæ de factis discontinuis dicta sunt, regulariter quidē obtinere, alio quod si menti disponentis magis verisimile sive consentaneum, non apparente: Secus est, quando subiecta materia, vel aliæ circumstantiæ manifeste contrarium suadent: siquidem semper id præferendum, quod actum esse apparet, *l. semper in stip. ff. de reg. jur. cum sim.* eoq; non apparente, quod est verisimilius, *l. in obscuris, ff. de reg. jur.* Vnde si sub certa quantitate concessum tam vile sit, vt in solennem quis obligationē id non deducturus fuerit, si tantum semel competere deberet, puta, si concessum fuerit, licere in alieno vrnam aquæ haurire: certe non id semel tantum, sed quoties opus erit, licebit, dum tamen singulis vicib. non nisi singulas vrnas hauriat: Subiecta namq; materia siue qualitas aut natura rei in concessionem deductæ satis hic ostendit, actum esse, vt plus quam semel competat: *Alciat. in d. §. hoc sermone, ubi Tiraq. lim. 18.* Ita si certa de caussa concessum fuerit sine determinatione certæ quantitatis, puta, licere lapides cædere ad extruendum quoddam ædificium, non erit ambigendum, quin ea caussa finita, hoc est, extructo ædificio, non liceat amplius in alieno factum antea permissum exercere, *per ea, quæ tradit Capoll. de seruit. vrba. c. 30. num. 5.* cum non modo sit alioqui juris indubitati, finita caussa cōcessionis, ipsam quoq; finiri concessionem, *ut not. in l. Titia, §. vsuras, ff. de lega. 2. c. reliqui, ubi Panor. de custod. euchar. Ti. post alios in tr. cessan. caus. p. 7. n. 52.* sed hinc etiam non obscure pateat disponentem siue contrahentes concessionem aliás indeterminatā non tā ab indigentia personæ vel prædij, quā ab hac ipsa caussa, de qua vel expresse vel tacite egerunt, determinationem recipere voluisse: *Facit l. is qui duo, ff. de seru. rust.* Similiter si sit in vltima voluntate factum discontinuum, sub determinatione certę quātitatis concessum ad certum vsq; vel incertum tempus, procul dubio non semel tantum, sed toties in alieno factum exercere licebit præfinito tempore durante, quoties opus erit, *per. tex. l. sicut in annos, ff. quib. mod. usufr. amit. l. qui concubinam, §. vxori, ubi*

Bart.

Bart. nume. 2. ff. de lega. 3. l. legatum, ubi Dd. ff. de ann. lega. Bart. in l. Titia, §. Titia, num. 11. ubi Pitus, num. 45. ff. de leg. 2. Bart. in l. cum qui, §. qui ita, num. 3. ubi Angel. Ioan. ab Imo. num. 6. Castre. num. 2. Alexand. num. 4. dicens Bartolum & communiter Dd. id in ultima voluntate indistincte tenere, Iason num. 8. Zas. num. 7. Alciat. num. 14. ff. de verbo. obl. Iason in d. l. apud Iulian. §. si quis alicui, num. 10. ff. de lega. 1. Ioan. ab Imo. in l. 1. num. 4. & in l. pater Seuerinam, §. fin. num. 5. ff. de cond. & dem. Ludov. Roma. cons. 516. num. 9. Socin. Sen. cons. 48. lib. 3. Paris. cons. 94. num. 44. & con. 95. nume. 44. li. 1. Anton. Gomez. to. 2. var. resol. c. 11. num. 48. Menoch. lib. 4. tom. 2. præsum. 132. num. 13. licet hac in parte quo ad concessionem inter vivos contrarium receptum videatur communi sententia, de qua præ cæteris testatur Alex. in d. l. cum qui, §. qui ita, num. 4. & Iason num. 11. Sæpe etiam, quando non est gratuita concessio, licebit ex quātitate prætij vel rei ex altera parte præstitę pro concessione, non obscuré depræhendere, annè concessum sub certa quantitate multoties competere, aut indeterminate concessum ad factum certis duntaxat vicibus in alieno exercendum pro arbitrio boni viri restringi debeat, per notata superius lim. 5. & tradita per Menoch. & ab eo relatos lib. 3. præsumt. 73.

31 Limit. 9. Quamvis † prædio per illum, qui tenebatur in eodem vel ipse non facere, vel pati alterum facere, alienato sive distracto, successor ad non faciendum vel permittendū non sit obstrictus, eoque posit impune contrauenire: is tamen cui concessio facta fuit, successore novo cōtrá faciente vel non amplius permittente regressū habebit contra alienatorem sibi obstrictum, eumq; convenire poterit ad id, quod sua interest, vel ad pœnam, si qua promissa fuit, Bart. in l. ult. ubi post alios Iason n. 5. ff. de novi oper. nunc. Bald. in l. ea lege, nu. 30. C. de condic. ob caus. Castr. in l. cum fundo, ff. de seru. Idemq; post Angel. tenuit Ioan. ab Im. in l. fluminum, §. adijcitur, num. 5. ff. de dam. infec. Coras. in l. ut pomum, num. 13. ff. de seru. Quoties enim debitor efficit, quo minus solvere possit, perpetuatur contra eum obligatio, ut á creditore possit etiamnum conueniri, tex. in l. si servum, §. sequitur, ff. de verbor. oblig. & ibid. Dd. Patet etiam ex l. quod te, ff. si cert. pet. l. si ex legati, l. in executione, §. ult. ff. de verb. obl. l. in jure civili, ff. de regu. jur. ubiq; Dd. Non est autem dubium, quin vigore concessionis obligat9 ad non faciendum aut permittendum in fūdo, per alienationem ipsemet effecerit quo minus in eo fundo non facere vel permittere queat amplius: Proinde contra eum pepetuari obligationem, ut ab eo, cui facta est concessio, posit etiamnum conveniri, necesse est. Deinde quia factum á novo successore censetur sive reputatur quodammodo factum ab ipso obligato per tex. d. l. si servum, §. sed si sit, v. idemq; ff. de verb. obl. per quem sic in proposito tradidere Bald. & Ias. lo. præcit. siquidem transferendo dominium fūdi in alterum non obligatum, principaliter in caussa esse dignoscitur, ut alter contra facere vel prohibere posit. Unde nil mirum, si quod isto casu per successorem fit, imputetur alienatori, c. qui per alium, de reg. jur. in 6. Accedit, quod admisso contrario liceret obligato impune cludere eum, cui concessio facta fuit, adeoque obligationem plane frustratoriam reddere, transferendo fundum protinus post concessionem in alium: Id vero cum sit absurdum, nec sustineri posit ullo jure, quippe quod nullatenus admittit, ut promissor facto suo posit alteri præjudicare, Ioan. ab Im. in l. si sub una, §. si quis, num. 3. ff. de ver. obl. omnino concedatur oportet, alienatorem singulari successore contrauenient e teneri, arg. l. hac venditio, §. 1. vers. nam si, ff. de contr. emt. Fac. c. cum quid, & ibi not. de regul. jur. cum sim. Deniq; satis ex eo confirmatur, quia jure nostro regulariter obtinuisse videtur, ut

obliga-

obligatio personalis cum respectu ad rem contracta, committatur quidem facto singularis in rem successoris, non tamen contra ipsum, sed adversus alienatorem, cuius in persona passive remanet obligatio, nec ad successorem singularē cum re transfertur, *l. si pendentes, §. ult. ff. de usufr. l. Titius, ff. de servis export. per quas ita sensit gl. in l. fundum, §. adjicitur, verbo, dominium, ubi Dyn. & reliqui Dd. maxime Castr. ff. de dam. infec. gl. in l. si quis missum, §. ult. ubi post alios Zasius n. 2. vers. tertio, quod, ff. d. t. Bald. in l. si tibi, §. pactum, ff. de pact.* Quocirca vel hinc colligere licet, in casu nostro etiam post alienationem obligatum teneri omnimodo, si novus in rem successor contra faciat, vel prohibeat, *per prædicta.*

Limitat. 10. Licet fundo per
32 eum, † cui concessio facta fuit, alienato, ad novum illius dominum minime transeat licentia faciendi in fundo vicino, aut compellendi possessorem vicini fundi ad non faciendum, quæ competijt antecessori: Si tamen alienator acquisitam sibi obligationem sive actionem successori suo singulari cesserit, habebit hic etiam obstrictum sibi vicinum ad non faciendum, aut permittendum exerceri factum, quod ante licuit, *gl. in l. si sub una, §. si quis, verbo, evanescit, ubi Bart. n. 1. Ioan. ab Imol. num. 1. Raph. Cum. Castrens. num. 1. Aret. num. 2. Al. iat. num. 5. Zas. num. 5. vers. quæret gl. ff. de verb. oblig.* Quamvis enim attenta juris subtilitate factum ab antecessore in alieno exerceri solitum, diversum sit ab eo, quod successor exercebit, *l. stipul. ista, §. si quis ita, ubi Dd. maxime Donell. num. 11. ff. de verb. oblig.* quia tamen esse dignoscitur eiusmodi factum, quod & ab alio æque possit expediri, nec ab indigentia personæ, cui conceditur, sed prædij, cujus occasione conceditur, sive cuius utilitatem concernit, determinationem recipiat, ut nihil referat, nec obligati quicquam intersit, sive per illum ipsum, cui concessio facta fuit, sive per singularem prædij successorem factum exerceatur, *l. unic. §. sin autem in faciendo, C. de caduc. toll. l. veteris, C. de contrah. stip. l. nemo est qui nesc. ff. de duob. reis c. qui per alium, de reg. jur. in 6. ubiq. Dd.* jure merito potest isto casu etiam ignorante obligato vel eo invito cessio successori novo per alienatorem fieri, *l. nominis, & tot. tit. C. de hered. vel act. vend.* Et quidem non solum ante prædij translationem, vel in ipso alienationis actu, prout hanc sententiam restrinxit *Ioan. ab Imol. in d. §. si quis n. 1.* sed etiam ex intervallo post factam prædij traditionem sive translationem, ut recte concludunt cœteri Dd. ibid. Quod enim ille arbitratur, prædij traditione facta obligationem sive actionem antecessori quæsitam, evanescere non minus isto casu, quam si fuisset promissa servitus, *per text. ibid.* quippe cum non minus eius, cui factum utilitatem prædij concernens permittitur, quam eius, cui servitus promissa fuit, alienato prædio interesse desinere videatur, jure defendi minime potest: Tum, quia regulariter suborta semel actio non evanescit ipso jure, quando postmodum desinit eius interesse, cui competit, sed per exceptionem demum venit elidenda, *l. Papinianus, ff. mand. l. damni infecti, §. emtor, ff. de damn. infec. l. palam, §. circa, vers. etsi certa, ff. de doli except. l. si ita, §. possum, ff. de verb. oblig. & post glos. in l. qui autem, verbo, quamvis, in fin. ff. si quis caution. pro regula tradidit Aretin. in d. §. si quis viam, num. 2. vers. forte tamen:* nec immerito quidem, cum sint certi modi obligationum ipso jure finiendarum legibus præstituti, inter quos sola eius quod interest cessatio non invenitur, *l. obligationum fere, vers. nam quod alicui, ff. de oblig. & act. l. prout, ff. de solut. t. t. inst. quib. mod. toll. oblig.* Proinde cum in casu nostro diversum jure non reperiatur dispositum, consequitur actionē alienatori competentem, ipso jure non evanescere per alienationem prædij, sed exce-

ptione saltem elidi posse, *prout in terminis docuit Castr. in d. §. si quis, n. 3. Aret. n. 2. vers. unde si ille, Zas. nu. 5. vers. & hoc casu.* Quoties autem actio penes illũ, cui etiamnũ competit, propter cessationem eius quod interest, inutilis potest esse utilis apud alterum propter ipsius interesse cessio potest utiliter fieri, *l. Papin. ff. mand. l. ult. in pr. C. de jur. dot. not. in l. damni, §. emtor, & in l. fluminum, §. adjicitur, ff. de dam. infec. nec non in l. Modest. ff. de solut. & per Bart. ac Dd. in l. & haredi, §. nos autem, ff. de pact. Dd. lo. rel.* Tum, quod actio personalis pro servitute constituenda competens alienatione prædij, propterea extinguatur ipso jure, quia prædialis servitus non personæ, sed ipsi tantum prædio, nec nisi per dominum acquiri potest, *l. unus, ff. de servit. rust. l. 1. l. proprium, cum l. seq. ff. commun. præd.* eoq; si promissa quidem, necdum tamen actu constituta servitute prædium alienando transferat in alterum, non quicquam potest, quod sibi debeatur, exigere vel in judicio persequi: nec enim personæ ipsius potest servitus promissa per sese deberi, nedum præstari, *d. l. unus*, multo minus propter aliud, nempe prædium, ut per illum prædio servitus acquiratur, cum id propter amissum prædij dominium fieri nequeat, *d. l. 1. d. l. proprium, cum l. seq.* Quisquis autem nihil judicio, quod sibi debeatur, persequi potest, is actione procul dubio plane destitutus est, *l. nihil aliud, ff. de act. & oblig. §. 1. inst. de act.* Tantus vero defectus omnimodo cessat, quando factum solummodo subest obligationi, quod cum ipsi personæ tantum, non prædio competere possit, utiq; personæ etiamnum subsistenti stricto jure debetur, licet fundus, cuius solius utilitatem illud concernere vel debebat vel poterat, ab illo fuerit alienatus, *l. damni infecti, §. emtor, ff. de damn. infect.* siquidem obligatio sui natura est perpetua, nec finitur ipso jure propter suborientem alicujus circumstantiæ defectum, quando nec persona obligati, nec eius, cui fuit acquisita obligatio, nec res in obligationem deducta, prorsus est sublata, *l. cum qui, § qui ita stipulatur, ubi not. per Dd. ff. de verb. obligat. §. at si ita, instit. de verb. obligat.* Quocirca cum sit inde perspicuum, alienatori post factam prædij translationem in proposito adhuc ipso iure competere actionem, consequitur inde, actionem adhuc durantẽ singulari successori tum quoq; cedi posse *l. 3. & tot. tit. C. de hared. vel actio. vend.*

Id † magis controversum, utrum a- 33
lienans cogi possit invitus ad actionem singulari successori cedendam? Asserit *post Petrum Bartol. in d. §. si quis viam, per not in d. l. damni, §. emtor, & in l. fluminum, §. adjicitur, ff. de damnat. infect. & ita transire Dd. testatur Joann. ab Imol. in d. §. si quis* licet ipse contrarium tenere videatur, tum, quia satis esse videatur, quod tradat fundum nemini servientem, *l. non tantum, 169. ff. de verbor. sign f.* Quod evitatur facile, si dicatur, tunc id satis esse, cum antecessor non aliam præterea commoditatem ad fundum habuit, quæ tam possit in successorem, quam fundus ipse transferri, *l. in vendenda, §. 1. ff. de contrab. emt.* Tum, quod *d. §. emtor, & d. §. adjicitur, ibiq; not.* procedant, quando actio cedenda tendit ad eum finem, ne successor damnum patiatur, cum hic de lucro captando potius agatur. Verum hac in parte non esse quid inter lucrum damnumve discriminis comminiscendum, vel hinc patet, quia cum fit alienatio, dominium rei ad alium cum sua caussa transferri oportet, quæ esset futura, si apud nos ea mansisset, ut pro regula constituit Pompon. *in l. alienatio, ff. de contrab. emt.* eoq; cum ex alieno in fundum, si penes nos mansisset, utilitas non modica redundatura fuerit, cedere facultatem eiusdem utilitatis percipiendæ oportebit, ut cum eadem causa fundus penes successorem sit, *per d.*

per d. l. alienatio, cum simil. Idipsum Aretinus aliis rationibus egregie contra Ioan. ab Imo. tuetur *in d. §. si quis viam, nu. 2. v. sed contra istam.* Advertendum tamen, Bartolum in emtione, & sic in alienatione, quæ fit ex oneroso titulo, loqui: quo casu subscribit ei *Raph. Cum. ibid. Cast. Aret. Zas. & Alc. n. 5. dicens* receptiorem *esse sententiam*: vel eo magis, cum sit verisimile, successorem aliquantò carius comparasse, quia crediderit, facultatem illam quæ alienatori occasione fundi competebat, ad se peruenturã, *Alexa. l. rel.* In † donatione vero licet
34 Castr. idem statuerit, attamen donantẽ inuitum ad actionem cedendã compelli posse negauit *Raphael Cum. in d. §. si quis, quem sequitur Aret. ibid. nu. 2. & Alc. n. 5.* quod videtur verius. Nãque cum donatarius contra donantẽ agere non posit, quando fundus ei totus ob dominium non translatum euincitur, *l. Aristo, §. ult. ff. de donat.* multo minus contra eum agere poterit, quando facultas, quæ donanti competijt occasione fundi, ad ipsum donatarium non peruenit: *Fac. l. Iulianus, §. qui fundum ff. de verbor. oblig. quam ponderat Areti. lo. rel.* Adde quod donatio, quantum fieri potest, stricte interpretanda, *l. eum qui, l. hereditatem, ff. de donat. Fac. l. tutori, C. de negot. gest.* Denique siue donationem sumamus pro ea, quæ per traditionẽ fit, nulla nascitur hinc contra donantem actio, eoque nec inuitus compelli potest ad cedendum: siue pro conuentione præcedenti de fundo ex liberalitate gratisque transferendo siue tradendo, nascitur quidem hodie actio, *l. sancimus, C. de donat.* sed ad petendum solummodo fundum, non etiam ad extorquendam personalis actionis licet occasione fundi quæsitæ cesionem, quippe á fundo in gratuitam conuentionem deducto distinctæ, planeque diuersæ. Nec obstat regula *d. l. alienatio*, quæ licet quo ad jura rebus donatis inhærentia procedat etiam in donatione, tamen quoad jura personalia, quæ rebus ipsis minime cohærent, nec ipsarum traditione simul trãsferuntur, licet illarum occasione competant, in donatione non æque obtinet, vbi nec illa, quæ contra *Joan ab Imo.* adduxit *Aretin. in d. §. si quis, num. 2. vers. sed contra*: Idque propter *d. l. eum qui, ff. de donat. & l. Julianus, §. qui fundum, ff. de verbor. obligat. cum simil.* & rationes modo asignatas. Longe minus efficit *l. si tibi, §. pactum, ff. de pact.* cum loquatur ille textus de jure saltem excipiendi, quod non modo facilius, quam jus agendi datur, *l. inuitus, §. cui damus, ff. de regul. jur.* sed etiam sine cesione transit siue competit singulari successori, *Dd. in d. §. pactum, maxime Castrens. per tex. ibid. & l. in hoc judicium, §. sed is qui, ff. commu. diuid. l. si á te, §. Iulianus, l. si mater, §. item Julianus ff. de except. rei jud. Dyn. in l. si tertius, §. si quis prius, ubi Bart. & reliqui, ff. de aq. plu. arc.* non etiam de actione personali, quæ non nisi mediante cesione singulari successori quæritur, *l. si res quam, ff. de evict. Dd. in d. §. pactum.* Postremo † nec id prætere- 35
undum, actionem seu facultatem cesione translatam competere quidem successori singulari, quam diu cedens viuit: Verum cedente per mortem sublato, quia non vltra personam eius duratura fuit, *l. apud Iulian. § si quis alumni, ff. de lega. 1. stip. ista, §. si quis ita, ff. de verbor. obligat.* non amplius cesionario, hoc est, singulari successori prodesse poterit, cum *per tex. l. & heredi, ff. de pact. & l. necessario, §. cum usumfruc. ff. de peric. & com. rei vend. l. peto, §. prædium, ff. de leg. 2.* tum, quia per cesionem non potuit obligato conditio iniquior inferri, *l. non debet, 74. cum l. seq. ff. de regul. jur. l. nam satis, vers. nec me fallit, ff. quemadm. seruit. amit. c. mutare, de regul. jur. in 6. Fac. l. idemq, 16. §. ult. ff. pro soc.* & aliás etiam legibus nostris constitutum, & resoluto jure datoris, resolui necesse sit jus accipientis, *l. si is cui, § hares, ubi Bart. ff. quemadm. seruit. amit. l. grege,*

§. statu liber, l. lex vectigali, §. de pignor. & hyp. Euerhard. post alios in loc. ab emphyt. ad feud. numer. 8. nec quisquam plus iuris in alterum transferre possit, quam penes ipsum fuerit, *l. nunquam nuda, ff. de acquir. rer. dom. l. nemo plus, ff. de regulis iuris c. nemo potest, de regulis iuris in 6.*



EXERCITATIO DECIMA.

De aestimatione rei debitae, an & quatenus ea sit ad tempus nascentis obligationis referenda.

SVMMARIA.

1. *In aestimatione rei debita ineunda cuius temporis habenda sit ratio, admodum est controuersum.*
2. *Tempus orientis obligationis quo ad aestimationem non attendendum.*
3. *Etiamsi obligationi non sit adiecta dies.*
4. *Obijcitur* l. quoties in diem, ff. de verbor. obligation. *& ad eam respondetur.*
5. *Nec tempus existentis conditionis quo ad aestimationem spectandum.*
6. *Declaratur* d. l. quoties.
7. *Ne quidem in actionibus bonae fidei ad tempus nascentis obligationis aestimatio referenda.*
8. *Etiamsi res minoris tempore morae valeat, quam tempore nascentis obligationis valuerit.*
9. *Contraria Jasonis opinio refutata.*
10. *Verba* quo venit in l. 3. §. si per vend. ff. de act. em. *de tempore, quo tradi debuit, accipienda.*
11. *Bartoli, Franc. Aretini, & Fulgosij intellectus ad* d §. si per vendit. *reijciuntur.*
12. *Tempus quo tradi oportet, etiam tempus interpellationis extraiudicialis continet.*
13. *Ad tempus implementi ex altera parte interuenientis aestimatio non est referenda.*
14. *Aestimatio iure actionis ex interuallo demum succedentis petenda non est ad tempus initae conuentionis referenda.*
15. *Aestimatione per sese principaliter in obligationem deducta, praestari debet quanti tempore nascentis obligationis fuerit.*
16. *Rei quam pro debitore fideiussor soluit, ea aestimatio praestanda, quae tempore solutionis erat.*
17. *Intrinseca bonitas attenditur, quae tempore contractus erat.*
18. *Si tempore nascentis obligationis mora simul interueniat, refertur ad illud aestimatio.*
19. *Communis interpretatio* l. cum quis, ff. de act. & obli. *refutatur.*
20. *Emendatio Ant. Fabri ad d. l. improbatur.*
21. *Verior quorundam recentiorum interpretatio confirmatur.*
22. *Quando res debitae aestimatio à fideiussore praestanda est, deduci ab eo potest, quanto minus post fideiussionem res valuit.*

23. *Quoad*

23. *Quoad insinuationem donationis attenditur valor eius temporis, quo donabatur.*

24. *Læsio propter quam rescinditur contractus, dijudicatur attenta rei æstimatione, quæ fuit tempore contractus.*

25. *Etiamsi ante præstationem res pluris aut minoris valere cœperit.*

26. *Vel obligatio sit in diem.*

27. *Aut annua.*

28. *Vel conditionalis.*

29. *Reprobatur opinio Pinelli in rep.* l. 2. p. 3. c. vlt. numer. 16. C. de resc. vend.

30. *Aestimatio læsionis quam in contractu quis alterius dolo incurrit, ad tempus contractus referenda.*

31. *Etiam in restitutione in integrum æstimatio læsionis ad tempus contractus refertur.*

32. *In actibus successiuis futura tempora respicientibus læsio non initio subsistens, sed postea demum superueniens non attenditur, nisi tam sit insolita, ut verisimiliter contrahentes tempore conuentionis de ea cogitare nequiuerint.*



1 Vm sit † in forensibus controversiis nihil pene frequentius ea disceptatione, cuius temporis habenda sit ratio, cum quæritur de ineunda æstimatione rei debitæ, Iustinianus plurima veterum ICtorum responsa ad illius decisionem pertinentia, Pandectis inseri curauit: Ea quod in speciem dissidere, & in casibus parum vel nihil inuicem discrepantibus æstimationem ad tempora plane diuersa referre videntur, dissensionibus inter interpretes cum veteres, tum recentiores plurimis, iisque grauissimis occasionem præbuerunt. Enitendum tamen in tanta difficultate, & opinionum sibi mutuo repugnantium varietate, vt quod ad rei veritatem propius accedere dignoscatur, investigando depræhendatur. Sane quò delucidior, magisq; distincta sit resolutio, ordine tempora singula æstimationi jure nostro præstituta, peculiariter examinanda fuerint, & quatenus ad vnumquodq; referatur æstimatio, diligenter explanandum. Solent autē octo potissimum tempora, cum de æstimatione agitur, in disceptationē venire, nempe obligationis, solutionis, diei obligatione compræhensi, extraiudicialis interpellationis, litis contestationis, purgationis moræ, interitus, & sententiæ siue rei judicatæ. Ergo † si de primo tempore, 2
scilicet suborientis obligationis quæratur, tenendū regulariter id quoad æstimationem attendi non oportere, *tex. pro hac sententia clarè in l. vinum, ff. si cer. pet. & in l. in has, cum l. seq. ff. de cond. trit. Gl. in d. l. vinum, ubi post antiquiores Bart. num. 3. & 4. Bald. nu. 2. & 5. Salicet. num. 5. Castr. num. 3. & 7. Fulgos. Alex. num. 12. & seqq. Aret. n. 4. Iason num. 18. dicens ho:* omnes *indifferenter tenere, Picus n. 17. dicens* communem, *Decius num. 15. Zasius nu. 12. Alciat. ad verba, cum datum. Loriot. n. 30. cum seqq. Bolgnet. num. 41. 51. & seqq. Donell. num. 8. dicens de eo fere inter o*mnes *conuenire, Gl. & Dd. in l. 3. §. in hoc, ff. commod. & in l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt. in l. cum quis, ff. de act. & obl. in l. quoties in diem, ff. de verb. obl. in l. fundum, ff. de nouat. Duar. ad t. ff. si cer. pet. c. 8. vers. septimo ad officium. Cuiac. ad Africa. trac. 8. in l. hominem, ff. mand. Anton. Faber lib. 16. coniectur. c. 8. & de error. pragmat. decad. 16. error. 5.* Rectissime certe, jurisque regulis apprime consentaneum: Nam quo quidque tempore protinus exolui necesse non est, ex eo tempore nec æstimari potest, *secundum regulam l. si Calenais,*

verf. ex eo enim, ubi Dd. ff. de re judic. quale dignoscitur esse tempus nascentis obligationis. quo præstandi incontinenti nemini necessitas imponitur, *l. si debitori, ff. de judic. l. promissor Stichi, §. 1. ff. de con. pecu. l. ratum, l. quod dicimus, ff. de solut.* Quo fit, vt ad tempus obligationis exortæ referenda rei non sit æstimatio. Rursus quisquis ad æstimationem certi temporis tenetur, is ad illam ex aliqua justa caussa teneatur oportet, *l. juris gentium, ff. de pact. l. 1. ff. de oblig. & act. cum sim.* Caussa vero nulla subest, propter quam posit aliquis ad rei æstimationem, quæ tempore contractæ obligationis fuerit, teneri. Non quidem conuentio, nec recens nata obligatio, quia res ipsa in eam deducta, nō illius æstimatio, *l. promissor, hominis, ff. de constit. pecun. l. fundum, ff. de nouat.* Non mora, qua non nisi ex interuallo subsequitur, *l. mora, ff. de usur. l. si ex legati, cum l. seq. ff. de verb. obl.* nec retro potest effectus eius ad tempus præcedens, *l. 2. §. item quæsitum, ff. de priuat. delic.* cum pœna delictum excedere minime debeat, *l. hodie, ff. de pæn. & sim.* certumq; sit, de ijs quæ ante moram eueniunt, frustratorem neutiquam teneri, *d. l. si ex legati, l. si Stichus, l. si certos, l. is qui alienum, l. si seruum, ff. de ver. obl.* Multo minus litis contestatio, cum quæ ante judicium contingunt nō valde ad judicem pertineant, nisi fuerint ei nominatim injuncta, *l. adiles, §. item sciendum, ff. de adil. edic.* ac tale demum quidq; præstari debeat, quale est, cum petitur, *l. præterea, ff. de rei vend. l. 2. ff. de usur.* Quocirca jure fieri nequit, vt quis ad æstimationem eius temporis, quo nascitur obligatio, teneatur.

3 Ampliatur † hæc sententia primò etiamsi obligationi non sit adjecta dies, in quam dilata solutio: Etenim hoc quoque casu tempus obligationis acquisitæ non esse spectandum, allegati tex. adductæq; rationes euidenter ostendunt, & est indubitatum apud interpretes *locis antea relat.*

Refragari † tamen videtur *l. quoties in diem, ff. de verb. obl.* qua censet Iulia. æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit: Eum vero ipso tempore nascentis obligationis, quando purè concepta fuit, venisse certum est, *l. cedere, ff. de verb. signif.* Quod si *d. l.* quis ad conditionalem, & ad eam restringat obligat. quæ est in diem, obstabit ei ratio simul ibidem adiecta, obligationi puræ planissime congruens, propterea scilicet æstimationem eo tempore spectandā, quo dies obligationis venit, quia tunc à debitore peti potest. Nam quod pure debetur, præsenti die peti posse constat, *l. cum qui Calend. §. 1. ff. de verb. obli. §. omnis, inst. d. t.* Verum quia non nisi de obligatione in diem & conditionali agit illic Iulianus, in quibus post initam obligationem temporis aliquod spacium intercedit, antequàm dies obligationis veniat, ratione quam adducit, euincere nihil aliud conatur, quam æstimationis rationem haberi non posse, ante quam dies obligationis venerit, quandoquidem peti res tum demum potest, & antequam peti posit, ne quidem ad ipsius rei, nedum ad æstimationis pro ea solvendæ præstationem debitor compelli potest. Proinde eum in obligatione pura locū habere nequeat, quod allata ratione conatur evincere Iulianus, quoniam in ea temporis interstitium non intervenit, sed eodem tempore & contractus initur. & dies obligationis venit, *l. cedere, ff. de ver. sign.* vtique nihil magis contra intentionem Iuliani fuerit, quam ex assignata per ipsum ratione inferre cōtrarium eius, quod cœteri ICti negant, videlicet, in obligatione pura spectandum esse quoad æstimationem tempus initi contractus. 4

Ampliat. 2. Vt ne quidem tempus existentis conditionis, quo ad æstimationem sit attendendum, *Barto. in d. l. quoties in diem, quem sequitur Ang. ibid. Joan. ab Imol. num. 2. Castre. num. 1. 2. Jason numer. 2. 3. 4. Zas. n. 8. & 9.* 5

& 9. Donell. num. 9. Bolognet. in d. l. vinum, num. 30. ubi Donell. num. 13. Ant. Fab. lib. 16. coniec. c. 8. & de err. pragm. deca. 16. err. 5. Quod clare comprobatur, primum quidem per d. l. vin. & l. vlt. ff. de condic. trit. quibus existentis conditionis non minus, quam initæ conuentionis tempus excluditur, quando solum jubemur intueri diem, quo solui debuit, vel si non sit adiectus, tempus petitionis: Idipsum probat etiam l. penult. ff. de condic. triti. & similia jura de æstimatione quidem disponentia. nec tamen eam ad euenientis conditionis tempus reducentia, l. hominem, ff. mand. l. 3. §. si per vend. l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de act. emti. Secundò: Quia in dispositionibus conditionalibus obligatio demum suboritur, quo tempore conditio existit, l. eum qui ita, §. si hominum, ff. de verb. oblig. l. cedere, ff. de ver. sign. §. ex conditionali, inst. de verbor. oblig. Atqui tempus nascentis obligationis non esse in consideratione quo ad æstimationem constat inter interpretes, & pluribus antea fuit ostensum, quæ proinde singula in obligatione quoq; tempore conditionis euenientis exoriente peræque sibi locum vendicent necesse est, l. 1. §. generaliter, ff. de lega. præst. cum sim. Tertiò: Quia existens conditio nihil aliud facit, quam vt obligatio conditionalis fiat pura, adeoque perinde habeatur, ac si ab initio pura fuisset, l. potior, ff. 1. ff. qui potior. in pign. habea. Constat autem in obligatione pura æstimationis ante interpellationem judicialem vel extraiudicialem non haberi rationem. Quare nec in obligatione conditionali, cuius conditio extitit, æstimationis ante interpellationem erit habenda ratio. Tandem si reducenda foret æstimatio ad tempus existentis conditionis, oporteret eo tempore subesse moram, l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. penult. ff. de condic. trit. l. hominem, ff. mand. l. si Calendis, ff. de re judic. Aduentus autem conditionis regulariter in mora neminem constituit, arg. l. magnam, ubi Dd. C. de contrah. stip. Cyn. in l. si minorem, C. de in int. rest. Guil. de Cum. in l. quod te, ubi Bald. num. 7. Sal. nu. 28. Zas. num. 33. Bologn. n. 30. communem dicens, ff. si cer. pet. Bart. in d. l. quoties, dicens omnes ita tenere, & ibi. reliqui paulo ante relati, maxime Ias. & Donell. præ cæteris id luculenter ostendentes Joan. ab Imo. in l. si ex legati, num. 2. vbi Castr. nu. 5. ff. de verb. obl. Bald. in l. & si post tres, nu. 19. ff. si quis caut. Bart. in l. ita stipulatus, ubi Ioan. ab Im. nu. 15. ff. de verb. obli. Bald. in l. sed si ex stipulatu, num. 5. ff. de verb. obl. Marc. Anton. Banerius in tr. de mora, p. 2. nume. 5. Stephanus Forcatulus de mora, p. 3. nu. 6. Anton. Faber de err. pragmat. deca. 16. err. 5. & lib. 16. coniec. c. 8. Eandem sententiam amplectuntur, & communem esse testantur Sal. in l. euictis, ff. de vsu. Gom. to. 2. variar. resol. c. 11. n. 31. Dec. cons. 2. nu. 4. Ioa. Bapt. Villa. lib. commu. opin. ver. conditio, n. 120. Eman. Soar. in thesauro rec. senten. ver. conditio, n. 178. pluribusq; defendit Donell. in comm. de mora: & ab hac communi in consulendo & judicando non esse recedendum, ait etiam Alexan. in d. l. quoties in diem, num. 4. Contrarium tamen amplexus est Raphael Cum. in d. l. quoties in diem, cuius opinionem in puncto juris probabiliter defendi posse arbitratur Alexand. ibid. n. 4. Alciat. nu. 10. & seqq. Cuiac. vers. similiter conditione: moti, partim ex eo, quod arbitrati sunt, aduentu conditionis in mora debitorem constitui, prout etiam tradidit Loriotus in apicib. t. de mora, ax. 12. & in sequenti libello de mora, §. in his casib. cui tamen opinioni tanto minus deferendum, cum ei recepta communisque sententia refragetur, & ab interpretibus communem sequentibus, Donello maximè, sit probè confutata: Cumprimis autem per tex. d. l. quoties in diem, cuius cuitandi gratia Faber locis præcit. censet ex eo expungenda verba vel sub conditione tanquam ab interprete imperito magis ad rationem ibi subjunctam, quam ad intentionem ICti respiciente addita potius, quam à Iul.

6 Sed † præstat commodam potius cujusque loci interpretationem quærere, si qua possit haberi, quam necessitate non vrgente ex contextu quicquam expungere. Sunt autem verba, quibus Iulianus tempus exprimit, ad quod æstimatio referri debeat, in hunc modum concepta, vt non minus tempora continuatione successiuâ subsequentia, quam illorum initium denotent, quandoquidem vbi semel dies ille venit, quo primum peti potest, vere dicitur, omnibus sequentibus temporibus in præteritum dies ille venisse, prout eo etiam præterito, quouis alio succedente die debitum nondum exactum peti potest: Quocirca cum superius ostensum fuerit juribus & rationibus, ipsum nascentis obligationis primordium in æstimatione ineunda attendi non oportere, & in obligatione conditionali demum existente conditione nascatur obligatio, certe consequitur, quo ad obligationem conditionalem non tam initium eius temporis, quo peti potest, quove dici vere potest, venisse diem, quam omnia subsequentia tempora, seu totum illud tempus, quo peti potest, sive quo recte perhibetur, venisse diem, eo loci designari, vt respectu saltem anterioris temporis, quo nondum peti potest, nec dies obligationis venit, & ad illius differentiam tempus hoc à Iuliano expressum videatur, itaq; sensus, cum de æstimatione rei debitæ quæritur, non esse spectanda præcedentia tempora, quibus dies obligationis nondum venerat, eoque nec peti poterat, sed id modo tempus quod diem obligationis certam vel incertam est secutum, hoc est, quo verum est, venisse diem, petiq; posse, prout etiam hanc ipsam *a. l. quoties* interpretationem pluribus eleganter explanauit *Don-ll. in d. l. vin. num. 13. & in d. l. quoties num. 9.* Hinc vero liquido patet, non magis in obligatione conditionali, quam in pura ad tempus, quo peti potest, ita referri posse vel debere æstimationem, vt primi saltem, vel cuiusvis alterius dici, quo peti sive agi potuit, æstimatio indistincte spectari debeat: hoc enim est absurdum, & implicat aliam quæstionem eo loci nec tactam, nec pertractatam, vtrum scilicet ex quolibet die temporis eius quo peti potuit, an vero ex vno aut altero quopiam certo die temporis eiusdem æstimanda sit res debita: Cuius proinde resolutio non ex eo loco, sed inde petenda, vbi proponitur atque determinatur, scilicet *in d. l. vinum, & sim.*

Ampl. 3. Quamuis † in actioni- 7
bus bonæ fidei quoad æstimationem modo spectandum esse tempus contractus, modo moræ, modo condemnationis, prout bona fides suadeat, idque judicis arbitrio discutiendum relinqui oportere, censuerit *Duare. ad t. si cert. pet. c. 8. vers. nunc de judiciis bo. fi.* Longe tamen verius est, nec in eis quidem ad tempus nascentis obligationis æstimationem esse referendam: *Ita Dd. ad conclusionem principalem supr. relati.* Textus enim *d. l. vlt. ff. de cond. trit.* non ad condictionem triticariam, aut ad actiones modo stricti juris est restrictus, sed generalem ponit decisionem, sub qua pereque continebuntur actiones bonæ fidei, nisi nominatim alicubi doceantur exceptæ. Probatur idem vel hinc maxime, quod in venditione, quæ principem inter contractus bonæ fidei locum tenet. *§. act. inst. de act.* omne rei venditæ cõmodum & incõmodũ eueniens ante traditionẽ pertineat ad emtorẽ, vt proinde quanto minus vendita res tempore traditionis valet, quam tempore venditionis valuit, venditor emtori præstare minime teneatur, vti nec eidem, si creuisset interim æstimatio, quanto plus tempore traditionis valet vendita res, detrahere posset, *§. cum autem, inst. de emt. & ven. l. 1. & 2. C. de peric. & comm. rei vend. & ff. eod.* quod esse non posset, si in actionibus bonæ fidei tempus obligationis nascentis foret attendendum, quia debere.

beretur atq; veniret exigenda solum illa æstimatio, quæ tunc temporis, cum obligatio nasceretur, fuisset, *l. fundum, ff. de nouat. l. hominem, ff. mand. Fac. d. l. vinum, ff. si cer. pet. & d. l. vlt. ff. de cond. trit.* Nec minus rationes, quibus conclusio nostra probata fuit in actionibus bonæ fidei militant, vt si lege destitueremur, tamen eæ solæ ad negandum in proposito discrimen inter actiones bonæ fidei & stricti juris sufficere possent. Quin & bona fides in his exuberans multo magis exigit, ne referamus ad tempus nascentis obligationis æstimationē. Siue enim ab eo tempore creuit æstimatio rei debitæ, nihil æque bonæ fidei congruum fuerit, quam adimpleri dispositionem sive conuentionem semel placitam, *l. 1. ff. de pact. c. quod semel de reg. jur. in 6.* præstariq; totum id, quod in obligationem deductum fuit, quantumvis pluris valere cœperit, *l. solidum, ff. de solut.* non autem cū diminutione, *d. l. solidum, l. 2. §. 1. ff. de verb. obl.* multoq; minus eius loco æstimationem, quam creditor invitus á debitore, qui rem ipsā citra magnam difficultatem præstare posit, recipere minime tenetur, *l. 2. §. mutui datio, ff. si cer. pet. l. Paulus, creditorem, ff. de solut. junct. l. non dubium, §. vlt. ff. de lega. 3. §. non solum, inst. de lega.* præsertim si sit præteriti temporis, non præsentis, *l. fundum, ff. de nouat.* Siue ab eodem tempore decreuit, bona fides haud patietur, hoc debitori ad rem, non ad æstimationem facile mutabilem astricto nocere citra culpam suam, vt quanto minus hodie res debita valet, tantum addere de suo teneatur, siquidem regulare est, vt á nullo præstentur, quæ sine culpa cuiusquam accidunt, *l. contractus, ibi, quæq. sine culpa, ubi Dd. ff. de regul. jur. cum similib.*

8 Ampl. 4. etiamsi † minoris valeat res tempore moræ, quam tempore nascentis oblig. valuerit, non tamē officere poterit mora subsequens, vt propter illam præstanda sit æstimatio, quæ tempore nascentis obligationis erat, puta, si vinum debitum tempore conuentionis instar 15. valeat, tempore moræ 10. loco æstimationis á moratore creditor non nisi 10. consequetur: *Ita tradidit expresse Bart. in d. l. vinum, nu. 4. & ibid. præ cæteris Alb. Alex. num. 8. Dec. num. 15. Zas. nu. 12. Bologn. 52.* communem dicens. *Cuiac. in l. quoties in diem, ff. de verbor. obl.* Quæ sententia clare comprobatur, cum ex adductis pro confirmatione principalis conclusionis: tum *per tex. d. l. vin. & d. l. vlt.* quibus aperte significatur, moram solutioni factam esse, quippe re non præstita tempore petitionis, aut eo die, quo dari debuit: nihilominus vtrobiq; deciditur, proque regula traditur, ex tempore moræ, non etiam nascentis obligationis, æstimationem fieri oportere: idemq; probat *l. si Calendis, ff. de re judic. cum similib. at præ cæteris apertius l. in hac, ff. de condic. trit.* vbi agitur de re post moram deteriore seu viliore facta, quæ proinde pluris ante moram valuit, nec tamen ad contractus, sed ad moræ tempus æstimationem esse reducendam asserit illic ICtus: Tum, quod mora ei, cui facta est, id modo per sese præstet, quod habiturus esset, aut habere potuisset, si mora ei facta non fuisset, *l. illud, ff. de petit. hære. l. præterea, ff. de rei ven. l. cum fundus, ff. si cer. pet. l. 2. ff. de usur. Loriot. in l. quatenus, versic. antequam ad alias, ibi, non potest ergo, ff. de regul. jur.* Quanto plus autem valuit res tempore nascentis obligationis, quam tempore, quo petita fuit, dariue debuit, tantundem creditor nec habiturus erat, nec habere poterat, etiamsi debitor nullam solutioni moram fecisset, *vt per tex. l. cum quid, ff. si cer. pet. notant ibid. gl. & Dd. & in d. l. vinum*: proinde nec efficere potest aut debet superueniēs mora, vt si res pluris fuerit tempore nascentis obligationis, æstimatio temporis illius præstanda sit.

Contrarium † tamen Iason sub dubio tueri voluit *in d. l. vinum, n. 18.* 9
quod

quod ob moram fit ad tempus nascentis obligationis æstimatio reducenda, si pluris tum fuerit, motus inprimis iniquitate, quam subesse credidit, cum æstimatione rei debitæ decrescente, creditor ob frustrationem debitoris non maiorem illam, quæ tempore nascentis obligationis erat, æstimationem consequitur, sed ea, quæ tempore moræ subest, contentus esse cogitur: Ita enim damnum vilioris æstimationis esse creditoris, lucrum vero inde obuenire moratori, cui tamen jure [nocere mora non prodesse debuisset, *l. in condemnatione*, *§. unicuiq.*, *ff. de regul. jur.* Verum si rectius consideres, nec iniquum, nec absurdum erit, liberari frustratorem solutione vilioris æstimationis subsistentis tempore moræ: Nec enim frustratio est in caussa, vt minorem æstimationem creditor consequatur, siquidem etiamsi die quo dari debuit, vel quo petita fuit, illico præstita res fuisset, eoque nec mora tunc commissa, non tamen vltra rem vel præsentem æstimationem, consecuturus erat creditor illud plus, quo æstimatio tempore nascentis obligationis existens præsentem excessit, *d. l. cum quid*, *junctis not. per Dd. ibid.* & *in d. l. vin.* vt nec mora debitoris vllatenus efficere potis est, vt æstimatione viliore, quam quæ tempore obligationis exorientis erat, liberetur, cum si citra moram die solutioni destinato, vel tempore petitionis protinus exoluisset, nihil eum vltra rem vel præsentem eius æstimationem soluere necesse fuisset, *per prædicta*. Caussa vero propter quã id quod excedit æstimationem tempore petitionis aut solutioni destinato, siue, quod in idem recidit, tempore moræ subsistentem, nec exigere creditor potest, nec debitor, quantumvis in mora constitutus, tenetur soluere, non alia videtur esse, quam quod non modo res ipsa tantum, non eius æstimatio siue quanti res est tempore contractus, in obligatione sit, verum etiam assignatione diei, quo solui debeat, vel dilatione exactionis id agi intelligatur, vt tempore petitionis aut solutioni destinato res talis præstetur, qualis tunc temporis erit, *l. 2. ff. de usur.* eoque tẽporis eiusdem æstimatio recte consideretur, *l. fundum*, *vers. deniq.*, *ff. de nouat.* vt siue pluris illa res, siue minoris tunc valeat, debitor eam soluendo liberetur, aut si moram solutioni fecerit, ex eodem tempore res æstimetur, ne propter ipsius moram creditor minus, quam res ab eo tempore valuit, consequatur, eaq; ratione in damno relinquatur, *l. si Calẽdas*, *ff. de re judic.* In quam sententiam respondit etiam Iasonis obiectioni *Bolognet. in d. l. vinum*, *num. 52.* quando ait, damnificari creditorem, non ex mora debitoris, sed propter conventionem, vt nec debitor ex mora sua, sed ex voluntate creditoris lucrari intelligatur *per l. eum qui Calend.* *§. vlt. ff. de verbor. oblig.* & *§. omnis*, *inst. d. t.* Fortius vrget *tex. l. 3. §. si per venditt. ff. de act. emt.* quem receptæ sententiæ *Ias. lo. rel.* opponit. Ait enim Pomponius, venditorem vini post moram esse condemnandum, vtro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Tempore quo venit, quin venditionis initę tempus significetur, negari vix potest. Plures huius contrarij solutiones interpretes comminiscuntur ordine relatas & accuraté disceptatas ab Aretino, Alex. Iasone, Bologneto, alijsq; recentioribus in *d. l. vin.* sic tamen, vt in qua tutò liceat acquiescere, vix appareat. Verisimiliorem tamen crediderim eorum responsionem, qui verba *quo venit*, de tempore non quo venditio contracta fuit, sed quo vinum tradi debuit, accipienda esse docuerunt; *prout ex antiquiorib. censuerunt Dyn. Petr. Cyn. Iacob. Butr.* & *Richardus Malumbra*, *eosq. secutus Alberic. de Rosat. in d. l. vin.* & *ibid. ex recentioribus Dec.. num. 15.* & *Donell. nume. 12.* *eamq. videri* magis communem *asserit Bolognet. ibi num. 55. vers. vnde secunda*,

cunda. Etsi namq; minimè negetur, prædicta verba non minus, imo frequentius importare siue denotare cõsueuisse tempus contractæ venditionis, eam tamen illorum verborum significationem eo loci vix esse posse, cum primis perspicuũ videtur ex his, quæ pro fundanda ampliatione nostra paulo ante adduximus, præsertim ex legibus ad tempus appositæ diei vel petitionis, æstimationem aperte revocantibus, quibus manifeste Pomponius cõtradiceret, si de tempore contractæ venditionis locutus esset. Nec minus id evidens ex natura emtionis, quæ quidem in eo consistere dignoscitur, ut contracta venditione protinus omne commodum & incommodum rei distractæ, quodcunq; sine dolo vel culpa venditoris contingit ad emtorem pertineat §. *cum autem, inst. de empt. & vend. l. 1. & tot. tit, C. de peric. & com. rei vend. & tot. tit. ff. eod.* Æstimatio vero ante moram venditoris decrescens, quin sit in commodum rei distractæ, quod absq; venditoris dolo culpave, quippe cujus species est mora nondum actu commissa, contingit, ambigi nequit, sicut è diverso æstimatio post moram venditoris decrescens, procul dubio est incommodum rei venditæ, quod culpa venditoris, hoc est, propter moram ab eo commissam, sentire cogitur emtor, cum si debito tempore fuisset ei tradita, pluris illam distrahere potuisset, *l. illud, ff. de petit. hered. l. cum res, §. ult. ff. de legat. 1.* Itaq; si emtioni sua constare natura debet, verba quo venit, de tempore contractæ venditionis intelligi minime poterunt.
11 Nam † quod Bartolus opinatur illic in ipso initæ venditionis tempore venditorem accepisse pretium, ac per consequens in mora, saltem irregulari protinus suisse constitutum, *per l. curabit, & ibi not. C. de act. emt.* vereor ut sustineri possit, quantumvis Bartolo subscribat *Bald. Ang. & subtilis Aretin. in d. l. vind. num. 4. ubi Zas. nu. 16. Lortot in l. quatenus, vers. antequam ad alias, vers. secundo in contradictibus ff. de reg. jur. Cujac. in l. quoties in diem, ff. de verbor. oblig. & ad Affric. tr. 8. in l. homin. ff. mand.* Etenim si Bologneto credimus *in d. l. vin. num. 56.* hanc Bartoli solutionem Dd. communiter repræhendunt, tum propter apertam divinationem, quam continet, de pretio statim sub initium soluto: quam licet evitare conetur Bolognetus dicendo, ibi necessario supponendum esse, solutionem pretij factam, quippe sine qua venditor in mora, quæ perhibetur esse commissa constitui minime potuisset, *l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt.* nil tamen proficit, quandoquidem ut mora, sic pretij solutio facta non revocatur in dubium, sed de tempore quæritur, quo sit mora commissa, quove pretij solutio, quæ præsupponitur, facta sit: num, quando contrahebatur emtio, an postea? Id quia non apparet ex contextu, certe nec inde necessario inferri, nec supponi poterit, in ipso venditionis contractu, pretium in continenti solutum, moramq; commissam fuisse, cum præsertim nil frequentius, quam ut ex intervallo demum pretium offeratur, *Ias. in d. l. vin. n. 18.* Tum, quod præstatio pecuniæ seu rei ex una parte, constituat alterum vel in nulla vel certe irregulari tantum mora, quæ ad unum effectum, videlicet, exactionis usurarum pecuniæ nondum solutæ, aut fructuum rei nondum præstitæ introducta, *per d. l. curabit, ibiq. not. per Dd.* neutiquam ad reliquos effectus extendenda venit, quorum certè respectu mora non intelligitur esse facta, *d. l. curabit, ubi Dd.* præsertim si rei debitæ periculum vel incommodum, puta, vilior æstimatio, spectetur, *l. naturalis §. sed si scyphos, ff. de præscr. ver.* Nec alia quidem de caussa rem pecuniamve recipiens usuras aut fructus rei ex parte sua vicissim debitæ præstare tenetur, quam quod apprime videretur iniquum accipientem pariter ex utroq; tam eo, quod accepit, quam eo quod alteri vicissim præstare tenetur lucrari,

lucrari, commodumq; sentire *Dd. in d. l. curabit, per tex. ibi.* quæ ratio cum in cæteris veræ moræ effectibus, maxime vero in æstimatione rei decrescente cesset, utiq; nec idem juris in eis obtinere, multo minus per solum implementum ab altera parte factum, quo ad illos in mora quis irregulari constitui poterit, *arg. c. cum cessante, de appell.* Quæ cum animadverteret Aretinus, nec tamen à Bart. sententia recedere tutum arbitraretur, propterea pretio soluto, eaq; ratione venditore in mora saltem irregulari constituto æstimationem ad tempus initæ venditionis referri credidit, quia pretium respectu bonitatis extrinsecæ sive æstimationis constituatur atq; præstetur, cum res tanti valeat, quanti potest vendi, ut proinde emtor in pretij cum promissione, tum præstatione respectum unice habuisse censeatur ad rem, prout venditionis tempore valebat: eoq; si venditor in mora tradendi sit, non possit ullum tempus commodius quo ad æstimationem spectari secundum intentionem emtoris ex parte sua implentis, quam initæ venditionis, dummodo pluris eo tempore valuerit. Sed concedendum non est, respectu saltem extrinsecæ bonitatis vel æstimationis, pretium constitui: cum & magna sit ementium diversitas, & inæqualis eorundem ad emendam rem affectio, ut semper alter altero pluris aut minoris emturus sit, ac vel maxime respectu bonitatis intrinsecæ, propter quam ipsa æstimatio augeri minuive plerumque solet, pretium rei præfiniatur: Nam quo melior unaquæq; res esse deprehenditur, eo pluris æstimatur & emitur: Quin etsi concederetur, emtorem ad æstimationem rei communem tempore contractus subsistentem unice respectum habuisse, non ad intrinsecam rei bonitatem, neutiquam tamen illa intentio tanti posset esse momenti, ut propterea plus justo venditor onerari, contraq; regulas juris communis, adeoq; naturam ipsius venditionis, ad æstimationem rei majorem, quæ fuit antequam in mora vere constitueretur, solvendam compelli queat. Alia ratione Fulgosius *in d. l. vin.* moram ipso contractus tempore commissam fuisse docuit, quia scilicet in emtione videtur actum, à principio inter contrahentes, ut in continenti res tradatur: eoq; traditione non illico subsecuta, nil mirum, si fiat æstimatio temporis initæ venditionis, quippe, quo res tradi debuit: cum e diverso *d. l. vin.* in mutuo loquatur, in quo contrahentium intentio non est, ut in continenti, sed post aliquod tempus res eiusdem bonitatis restituatur, *gl. in l. si pœna, ff. de verb. oblig.* Et ante Fulgos. tradidit eandem conciliationem *glan d. l. 3. §. si per vend. & ibi Bartol. Sequi videtur etiam Alex. in d. l. vind. num. 14.* Sed præterquam quod Fulgosius nec ulla lege, nec evidenti ratione juris probat assertionem suam, manifeste refellitur ijs juris nostri locis, quibus pro regula traditur, tam in ultimis voluntatibus, quam in contractibus, moram tum demum fieri, cum interpellatus non solvit, *l. mora, ff. de usur. l. si ex legati, ff. de verb. obliga.* ut proinde regulariter in contractibus & ultimis voluntatibus id potius agi videatur, ut quamprimum desideraverit creditor, solvatur: cui merito quoq; standum in venditione, in qua peculiare quid hac in parte statutum minime reperitur. Quorsum vero tam multa de commodis & incommodis rei ante traditionem ad emtorem pertinentibus tam in institutionibus quam in Pandectis & Codice peculiaribus titulis inculcata fuissent, quæ raro vel nunquam sibi locum vendicare possent, si regulariter incontinenti res tradenda foret, nisiq; traderetur, venditor ipse incommodum agnoscere teneretur. Adde quod repugnat *d. l. curabit*, ubi venditio dudum facta fuerat, adeoq; ab altera parte implementum etiam subsecutum, nullam tamen ab altera parte, quæ nondum satisfecerat, moram intercessisse,

ſiſſe, diſerte profitentur Imperatores. Similiter text. *in l. in minorum, C. in quibus cauſ. reſt. in int.* quem cum primis de contractu venditionis loqui mentio pretij ſatis arguit, in minorum perſona docet eſſe ſpeciale, ut re ipſa & ex ſolo tempore tardæ ſolutionis mora fieri intelligatur: Erit igitur jus commune in contrarium, ut ſcilicet aliàs in contractu venditionis poſt interpellationem demum mora contrahatur. Textus etiam *in l. cum quidam, §. ex locato, ff. de uſur.* ubi moræ tempus à locationis tempore quam maxime ſeparatur, cum tamen locationi venditio ſimilima ſit, & ab vna ad alteram regulariter arguere liceat, *l. 2. ff. locat.* Ad idem tex. per ſeſe clari *in l. cum inter, & l. ultim. C. de peric. & comm. rei vend.* Quin etſi fuiſſet actum de re incontinenti tradenda, quod tamen ſine diuinatione dici vix poteſt, neutiquam tamen ea propter in mora venditor fuiſſet conſtitutus ipſo venditionis tempore: cum, quia ſecundum interpretationem juris noſtri neceſſario foret illud cum quodam temperamento temporis intelligendum; ut ſingulariter monet Paulus IC. in *l. quod dicimus, ff. de ſolut.* tum etiam, quod in omni contractu puro id actum intelligatur, ut præſenti die debeatur, *l. cum qui, §. quoties autem, ff. de verbor. obligat. §. omnis, inſt. d. t.* nec tamen in mora niſi per interpellationem debitor conſtituitur, *l. ſi ex legati, cum l. ſeq. ff. de verb. obl. l. mora, ff. de uſur.* Non deſunt, qui moram a venditore commiſſam cenſeant eo ipſo, quod emtor à ſua parte paratus fuit implere contractum, & pretium ſoluere, *Bronch. ixxvi. cent. 1. aſſert. 65.* Sed præterquam quod non ſufficit ad inducendam aduerſarij moram, quem eſſe paratum ſoluere, ſed inſuper oblatio requiratur, incidit in eaſdem difficultates, quibus urgetur Bartoli ſolutio, ut non magis in una, quam in altera quis acquieſcere poſsit. Quocirca cum ſit ex dictis euidens, verba præcitata de tempore contractæ venditionis intelligi minime poſſe, ſcilicet id modo reſtat, ut ad alteram eorundem verborum ſignificationem confugiamus, eoq; de tempore accipiamus, quo traditio rei jure non poteſt amplius differri. Nec enim inuſitatum jure noſtro, ut cum tempus illud, quo ſolutio vigore contractus initi fieri debet, exprimendum venit, iiſdem verbis denotetur, quibus factæ conuentionis tempus deſignari conſueuit. Ita dies obligationis promiſcue dicitur tam is, quo celebratur contractus, quam quo vigore contractus rem præſtari oportet, *l. quoties, 59. ff. de verb. obligat. cum ſimilib.* prout etiam dies ſive tempus conſtituti perhibetur, non id modo temporis intervallum, quod conſtituto contrahendo inſumitur, ſed vel maxime illud, in quod vel tacite vel expreſſe ſolutio confertur, *ut eſt tex. clarus in l. ſi duo, §. ult. & in l. item, in princ. ff. de conſtit. pecun.* Ac licet quandoq; tempori quo ſolvi debet, cum effertur ablatiuo, verbum executiuum adjiciatur, quo rectius à tempore conventionis initæ dignoſcatur ſive diſcernatur, puta, cum dicitur, Calendis Februarijs dari ſtipulatus ſum, *l. ſi ita, 22. ff. de verbor. obligat.* Stichum certo die dati promiſi, *l. ſi Stichus, ff. de verbor. obligat. cum ſimil.* attamen frequenter id prætermittitur, ac ſimpliciter etiam ablatiuo caſu temp9 illud, quo ſolui debet, contrahendi verbo adiungi conſueuit, *ut eſt tex. in l. qui ante, l. ſtipulatio iſta, §. inter incertam, l. eum qui Calend. l. qui ſic, 47. ff. de ver. obl. l. quod die certa, ff. de ſolut. cum ſimil.* quibus cum quis Calendis aut alio quopiam die ſtipulatus eſſe perhibetur, non dies interpoſitæ ſtipulationis, ſed tempus, in quod dilata ſolutio, denotatur. Sic certo die conſtitui dicitur, quod quis ad certam diem ſe ſoluturum promittit, *l. ſi quod, 19. ff. de conſt. pecu.* Quo certe fit, ut etiam in propoſito verbis *quo venit*, quæ de tempore factæ venditionis intelligi nequeunt, ut ante mõſtratum, nihil æque ſecundum receptam juris interpretationem conveniat, quam ſignificatio eius temporis,

quo tradi oportet: vel eo magis, cum ex ipso contextu non leuibus eadem coniecturis approbetur. Nam quod illic verbum *venire* non tam conuentionis actum, contractusq; celebrationem, quam illius executionem respiciat, inde liquet, quia Pomponius ipse paulo post in eodem §. idipsum ita declarat, quando circumscribit illud per verba *tradi oportet*, quæ etsi de loco protulerit, ac per locum quo venit, intelligi velit, non tam eum, in quo sit venditio facta, quam eum, ubi tradi oportet: quia tamen ibi tempus & locum æquiparat, idemq; jus in utroque constituit, necesse est, ut tempus eiusdem qualitatis cum loco intelligamus, adeoq; interpretationem ICti de loco factam tempori simul applicemus; alioqui si tempus in quo venditio contracta sit, Pomponius intellexisset, aliud in tempore, quo tradi oportet, juris esset, adeoque tantum abesset, locum quo tradi oportet, tempori contractæ venditionis recte comparari, ut ne quidem tempus, quo tradi oportet, tempori contractæ venditionis æquiparari posset, *prout post alios eleganter arguit Donell. in d. l. vin. num. 12.*

12 Tempus † autem quo tradi oportet, necesse non est, ut præcise strictéq; sumatur de eo, quod in venditione futuræ traditioni nominatim præfinitum fuit, sed id etiam potest eo contineri, in quod contrahentes traditionem subsecuturam tacite quodammodo conferre dignoscuntur; *l. si debitori, ff. de judic. l. promissor Stichi, §. 1. ff. de constitut. pecun. cum simil.* videlicet tempus extrajudicialis petitioni sive interpellationis, qua venditori æque ut lapsu diei necessitas imponitur tradendi sine ulteriori tergiuersatione seu dilatione, nisi pœnas moræ sustinere malit, *l. mora, ff. de usur. l. Titia, §. ultim. ff. de legat. 1. l. si ex legati, cum l. seq. ff. de verbor. oblig.* Quin etsi prædictis verbis tempus interpellationis extrajudicialis neq; contineretur, nec quadraret, nil tamen id illatæ conciliationi posset officere, siquidem etsi tempus extrajudicialis interpellationis eo loci complexus non esset Pomponius, attamen eius responsum alijs juris textibus, quibus ad tempus petitionis etiam extrajudicialis æstimationem esse reducendam aperte traditum reperitur, abunde suppleretur, *l. penult. ff. de cond. tritic.*

Ampl. 5. Etiamsi ab una parte implementum intervenerit, attamen æstimatio rei ab altera parte præstandæ nec ad tempus contractus, nec ad tempus implementi, scilicet ex intervallo subsecutum fuerit, referenda erit: *Ita tradidit post alios Alexand. in l. de diuisione, num. 15. ff. solut. matrim. Aretin. consil. 150. visis diligenter. Cagnol. in l. curabit, numer. 46. & 47. C. de act. emti, & in l. quod te, num. 97. ubi post Alciat. dicit esse receptiorem, ff. si cert. pet. M. Anton. Bauer. de mora, p. 2. nu. 13. Stephan. Forcat. de mora, p. 2. numer. 41. & senserunt in d. l. vinum, Fulgos. inprimis, Castr. nu. 11. Salicet. nu. 10. Roman. Alex. num. 13. Ias. num. 18. Loriot. nu. 32. & Dd. in d. l. 3. §. si per venditorem, ff. de act. emt.* quando sententiam Bartoli existimantis in contractibus correspectiuis, quando ab una parte implementum intervenit, alterum ad æstimationem, quæ tempore contractus erat, teneri, communiter, ut *Bolognet. in d. l. vin. num. 56.* attestatur, repræhendunt ijs, quas ampliatione præcedenti succincte tetigi, rationibus, quæ tanto firmius obtinent, quo magis adjuuantur ijs, quæ pro firmanda conclusione principali adducta sunt, juribus & fundamentis. Confirmatur insuper ex eo, quod *in d. l. curabit, C. de act. emt. l. 2. C. de usur. & l. Julianus, §. ex vendito, ff. de act. emt.* ac si quæ sunt similes, neutiquam perhibetur, implenti moram vel ex persona vel reipsa fieri, prout in minore vel interpellante dispositum videmus, sed id tantum disponatur, propter fructus ex re tradita perceptos æquissimum esse, bonæq; fidei maxime congruum, ut ad usuras pretij nondum soluti reneatur a tempore traditionis. Usuræ vero in obligationē non deductę licet, 13

regu-

regulariter ex mora demum debeantur, tamen in proposito per implementum induci moram firmiter inferri vix potest, cum non raro ipsius etiam legis dispositione, quando justa caussa, ut hic fructuum perceptio, subest, statuatur, ut ante interpellationem, citraq; ullam moram usuræ debeantur, *l. atqui natura, §. non tantum, ff. de negot. gest. l. Lucius Titius, in fin. ff. depositi.* Imo tantum abest, astrui moram ex *d. l. curabit*, ut aperte potius illic negetur, intercessisse moram: qua sublata, sequitur suapte sponte, ad tempus implementi æstimationem non esse referendam, cum tale quid expresse non reperiatur dispositum. His etiam pro maiori confirmatione accedit *text. not. in l. si fundus, vers. nam etsi, ff. locat.* ubi cum perhibeatur, pretium esse restituendum, necessario præsupponitur, id fuisse antea solutum: nec tamen ea propter venditor fundo vendito ante traditionem publicato cogitur æstimationem illius præstare, tempore contractus aut pretij soluti subsistentem, etiamsi pluris tunc temporis ille valuerit, sed pretij solius restitutione liberari dicitur: quod fieri minime posset, si propter implementum, sive pretij solutionem tanta rei ab altera parte debitæ æstimatio, quanta illius implementi tempore fuerit, præstanda vel attendenda esset. Porro licet Bartolus eo saltem casu loquatur, quando implementum tempore initi contractus intervenit: quia tamen concurrente contractus & implementi tempore, per prædicta jure fieri nequit, ut ad id tempus æstimatio rei referatur, multo minus ad tempus solius implementi ex intervallo subsecuti referri poterit, cum non modo rationes eædem hic quoq; militent, sed & inprimis jure videatur ita comparatum, ut quod plura invicem conjuncta neq; mutuo sese concursu impedientia nequeunt efficere, id nec unum eorundem solum præstare valeat, *argum. §. sed hodie, inst. de adoption.* Tum etiam, quia cum non subveniatur implenti protinus in ipso contractu, qui maiore dignus auxilio fuerat, absurdum fuerit, ei qui aliquandiu distulit implere, tantum prodesse adimpletionem seram, ut quæ tunc temporis est æstimatio rei ab altera parte debitæ, præstanda sit. Deniq; vel ex eo patet, quod huiusmodi effectum, exigendi scilicet eam rei debitæ æstimationem, quæ fuit ante moram vere commissam, nullibi jus nostrum alterius partis implemento attribuere videatur, sed in universum disponat potius, ex eo demum tempore unumquodque æstimandum, quo novissime solvi poterit, *l. si Calendis, ff. de re judic.* Non est autem dubium, quin implenti solvi novissime possit, usque ad tempus moræ vere commissæ: ut proinde non aliter de tempore subsequentis implementi, quam de tempore contractus, judicandum sit, *per. d. l. si Calend. juncta d. l. vin. ff. si cer. pet. & l. in hac, cum l. seq. ff. de con. trit.*

Ampliat. 6. Etiamsi æstimatio 14
non officio judicis mercenario, sed jure actionis ex intervallo demum succedentis peti possit, prout usuvenit in obligationibus faciendi, ubi si non fuerit factum, quod obligatione continebatur. Celsus respondit, justa æstimatione facti dandam esse petitionem, *l. stipul. non. diuidun. ubi Bartol. & reliqui Dd. ordinarie, ff. de verbor. obligationib.* Nam nec eo quidem casu ex ipso protinus initæ conventionis tempore fit æstimatio, *ut est text. in l. si Calendis, ubi Bartol. & reliqui Dd. inprimis Alexand. num. 2. & 3. ff. de re judic. Bartol. post gl. in l. 3. §. in hac, numer. 7. ff. commod. Jas. post alios in d. l. vinum, num. 18. versic. hinc pulchrum esset, ubi Dec. numer. 5. Loriot. num. 20. Bolognet. num. 53. & 54. dicens veram & tenendam*: siquidem cum æstimatio per sese principaliter & primario in obligationem deducta non sit, verum ita demum succedat, & in obligationem veniat, ubi factum non est, *d. l. stipulat. non diuid. & ibi not. per Dd.* utique nec anterioris temporis

Aa 2 expe-

expediendo facto permissi, quo nondum æstimationi locus esse cœpit, initi æstimatio vel haberi potest, *argument. l. verum est, §. ult. ff. pro soc. l. si servum, §. si modus, ff. de act. emt. Dd. loc. relat.*

15 Limitanda vero conclusio nostra primò, ne procedat, quoties ipsamet æstimatio, sive quanti res est, per sese principaliter in obligationem deducitur, ut jure actionis, adeoque conventione partium protinus initio suborientis obligationis debeatur: tunc enim certi juris est, eam venire æstimationem, quæ tempore contractus initi, sive nascentis obligationis fuit, *ut est tex. not. in l. fundum, maxime circa fin. quem sic ibid. gloss. & Dd. interpretantur, ff. de novat. gloss. in d. l. vinum, & post eam omnes alij teste ibidem Pico numer. 17. & 19. & Bolognet o, numer. 53. etiam recentiores, Alciat. ad verba, utrum cum datum, versic. illud quoque constat, Zas. numer. 11. Lorior. num. 18. Donell. num. 9. Bartol. in l. 3. §. in hac, num. 7. ubi reliqui Dd. ff. commod. Cuiac. tr. ad African. 8. in l. hominem, ff. mand. Anton. Fab. lib. 16. conject. c. 1.* Quamvis enim rebus ipsis æstimatio succedere, nec non eas quodammodo repræsentare consueverit, *l. in re furtiva, ff. de condict. furti, l. stipul. non divid. ff. de verbor. obligatio. l. si ita fidejussorem, ff. de fidejussor. l. tantum alias, propemodum, ff. de verbor. significat. cum similib. Alexand. in d. l. vin. num. 11. ubi Cagnol. numer. 28. & 29.* plurimum tamen refert, illæ in obligationem per sese principaliter deductæ fuerint, an earum æstimatio, siquidem illæ in specie remanent eædem, vel unius & eiusdem generis existentes semper & ubique sibi constant, suiq; sunt similes, ut sæpissime ne quidem quo ad intrinsecam illarum bonitatem, qualitatem, sive naturam & conditionem subitæ mutationi tam facile non obnoxiam, multum referat, quo tempore præstentur, *l. cum quid, ff. si cert. petit. cum similib.* Longe aliter in æstimatione comparatum, cui tempora locaque perpetuo varietatem afferunt, *l. pretia rer. §. nonnullam, ff. ad leg. Falcid.* ut proinde si per sese principaliter in obligationem deducta sit, necesse sit contrahentes eam, quæ tunc temporis fuerit, respexisse & intellexisse, *d. l. fundum, juncta l. si ita legatum, ff. de auro & argen. legat.* alioqui propter multiplicem æstimationum in dies commutatarum diversitatem vitiaretur obligatio, *l. ubi autem, l. triticum, l. si ita stipulatus, ff. de verbor. obligat.* Itaque penitus hic cessant rationes, quæ principalem tuebantur conclusionem: Cum enim non res ipsa sed illius æstimatio sit in obligationem deducta, conventio ipsa ad eius temporis æstimationem astringit obligatum, *per d. l. si ita legatum, & l. eum qui Calend. §. quoties, ff. de verbor. obligationib. & similib.* nec potest illius æstimationis ulterior æstimatio fieri, ne sit æstimationis æstimatio, *l. si ita fidejussorem, ff. de fidejuss.* eoq; nec locus esse regulæ *d. l. si Calend.*

Limit. 2. Cum quis obligatus pro altero quidpiam soluit: tantum enim ab eo consequetur, pro quo soluit, quanti soluta res tunc valuit, quando solvebatur, *text. est not. in l. hominem, ubi Dd. maxime Cuiac. tract. ad African. 8. ff. mandat. Dd. in d. l. vinum, ubi præ cæteris Donell. numer. 10.* eum, quia sicut solventi pro alio non minus abesse dignoscitur, quam quanti res tempore solutionis valuit, etiamsi minoris postea valere cœperit, ita vicissim nec plus ea æstimatione, quæ tempore solutionis erat, ei abesse censeri potest, licet æstimatio solutæ rei successu temporis creuerit, *Cuiacius loc. relat.* Actio vero mandati, gestorumve negotiorum in id modo, quod eo nomine actori abesse dignoscitur, competit, *l. inter, §. abesse, ff. mandat.* Tum etiam, quia solvens pro alio propter solutionem incipit eum, pro quo solvit, obligatum habere, nec tamen ad solutæ rei restitutionem, 16

quippe

quippe quam ea intentione soluit, ut creditoris fieret, eiusque remaneret, *l. qui sic solut, ff. de solut.* ac proinde saltem ad illius æstimationem, *l. in re furtiua, ff. de condi. furt.* Quo fit, ut cum æstimatio per se sola principaliter ei debeatur, omnino referenda sit ad tempus factæ solutionis, quo in obligationem venit, jureq; actionis deberi cœpit, *d. l. hominem, jun. d. l. fundum, ff. de nouat. & l. si ita legatum, ff. de auro & arg. lega.*

17 Limit. 3. Non procedere, quoad intrinsecam rei bonitatem: Cum enim illa, non ut æstimatio sit extra rem debitam, aut unice ab hominum arbitrio communi dependeat, sed in ipso rei corpore, ut qualitas in subjecto resideat, eique insit, & inhæreat, adeoque veluti pars rei sit: merito fit, ut ipsa simul etiam cum re in obligationem quodammodo deducta videatur, eaque de caussa, qua bonitate res fuerit, cum in contractum deduceretur, eadem quoque bonitate præstanda sit, *tex. in l. cum quid, ubi Dd. ordinarie, ff. si cert. pet. l. res in dotem, ff. de jure dotal. l. 1. §. re contrahitur, ff. de act. & oblig. §. 1. instit. quib. mod. re contr. oblig. gl. & Dd. in d. l. vinum. Joan. Saporta in tract. de mora, c. 3. numer. 75.* Quod tamen hactenus est verum, nisi certa species ex contractu deberetur, cuius bonitas nec culpa nec mora debitoris ulla intercedente ante præstationem corrupta fuisset vel imminuta; quo casu detrimentum creditoris, non debitoris fore constat; *l. 1. & 2. ff. de peric. & comm. rei vend. & C. eod. l. si seruum, ff. de verb. oblig. & arg. l. quod te, ff. si cert. petit. l. si filiofamilias, §. si post, ff. solutio. matrim. l. si seruus, §. si seruus, ff. de legat. 1. l. si ex legati, ff. de verbor. obligat.*

Limit. 4. Nisi tempore nascentis obligationis mora simul interveniat, ut in delictis accidit: tunc enim ad tempus delicti commissi sive nascentis obligationis refertur æstimatio, non tam quia suborta fuit eo tempore obligatio, quam quia mora iam tum commissa fuit, *text. not. in l. penultim. ff. rer. amotar.* Probat idem *l. in re furtiua, l. ex argento, ff. de condict. furt. l. cum furti, ff. de in lit. juran. l. merito, ff. de vi & vi arm. l. in furti, l. inficiando, ff. de furt.* Obstare tamen videtur *l. 2. §. quæsitum, ff. de priuat. delict.* quæ condictionem furtiuam tempus judicij accipiendi retrorsum egredi negat. Sed advertendum, quod egredi retrorsum actio quoad æstimationem tunc dicatur, cum temporis anterioris, quo nondum quis ad rem alteri obligatus erat, nedum ad æstimationem rei tenebatur, adversus eam in æstimatione ineunda ratio habetur, *l. ait lex, §. 1. l. ita vulneratus, §. æstimatio, ff. ad legat. Aquil.* Tale vero cum non sit tempus furti commissi, quo furtiva condictio competere incipit, nemo non intelligit, condictionem furtivam non retrorsum, quantumvis adversus furem temporis judicium accipiendum antecedentis, quo scilicet furtum est commissum, ratio quoad æstimationem habeatur; ac proinde Vlpianum haud quaquam sensisse, furem ad æstimationem temporis judicium quidem: non tamen delicti perpetrationem antecedentis, quo res plurimi fuit, minime teneri posse. Quod autem judicij potius accipiendi, quam furti commissi meminit Vlpianus, ideo factum, quia proposuerat, seruum esse condictum ex caussa furtiua, ut abunde sufficere censuerit, si a tempore præsenti retrogradum egressum excluderet, cum præsertim inter furtum perpetratum, & judicium accipiendum non multum temporis intercedere soleat, actore furi dilationem haud ullam facile indulgente, sed plerumq; protinus apud prætorem conquerente nec non actionem intentante, ut parum vel nihil pene referre visum fuerit ob temporis exiguitatem, á tempore judicij accipiendi, an furti commissi retrogradus condictionis egressus excluderetur.

Limit. 5. in casu *l. cum quis, ff. de actio. & oblig.* cuius textus etsi plures ab interpretibus intellectus excogitati sint, quos ordine recenset post alios *Bolognet. in d. l. vinum, num. 41*, præ cœteris tamen is frequentius approbari cœpit, quo verba legis vltima non de tempore interpositæ fideiussionis, sed eo, quo se soluturum fideiussor promisit, intelliguntur: *prout censuerunt Azo. & Accurs. in d. l. cum quis, & in d. l. vin. ubi Barto. num. 3. & ibid. hanc gloss. sententiam communem dicit Aret. num. 4.* magis communem *Alex. num. 8. quam* communiter *Dd. sequuntur tam antiqui quam moderni teste Bolog. num. 41. & præ cæteris tuetur Donell. nu. 11.* Verum etsi concedendum sit, verbis, *quo satis acceperit*, nonnunquam id tempus etiam significari, quo fidejussor soluturum se promisit, nec inficias jre quisquam possit, si diem solutioni fideiussor dixisset, eius temporis æstimationem fore omnimodo spectandam, *l. quoties in diem, ff. de ver. oblig. d. l. vinum, l. fin. ff. de cond. trit. ubi Dd.* Attamen præter ea, quæ acurissimus Faber *lib. 16. coniec. c. 10.* obijcit huic interpretationi, quam non immerito duriorem idem nuncupat, plurimum obstat, primũ id quidem, quod videmus Africanum solummodo meminisse simpliciter fideiussionis interpositæ, non etjam exprimere, multoq; minus tacite innuere, fuisse factum peculiariter in diem: proinde sine diuinatione responsum Africani de fideiussione in diem peculiarem accipi vix poterit, vt notavit *Jas. in d. l. vin. num. 14. ubi Dec. num. 12.* Secundò: Cum Africanus stipulationem principalem in diem fuisse perhibeat, quam tamen admisso communi intellectu in diem esse conceptam, necesse non erat, quanto minus credendum fuerit, eum non idem circa fideiussionem, de qua potissimum agebatur, & in qua longe magis id indicatu necessariũ fuerat, expressurum fuisse verbis apertis, si de fideiussione non simpliciter, sed in peculiarem concepta diem loqueretur. Tertiò: Quia sequeretur verba stipulationem principalem designantia, & in primis verba *in diem* temere frustraque fuisse adiecta, siquidem etiamsi quis pure stipulatus esset, inque diem satis accepisset, nihilominus eius diei in quo satis accepit, æstimatio spectanda foret, *l. quoties in diem, ff. de verb. obl. cum simil.* Atqui plane non est verisimile, eum ICtum, qui præ cœteris breuitati studuit in responsis, talia verba temere frustraque protulisse, cum præsertim verbis *mercem stipulatus* non omissis sive detractis, non ambiguitas vlla remansisset, sed quæ communiter existimatur eius esse responsi sententia, residuis legis verbis, *cum quis in diem fideiussorem* &c. clarissime citra sermonis redundantiam siue superfluitatem fuisset expressa. Quartò: quia procedentia legis verba nõ de alio, quam interpositæ fideiussionis tempore loquuntur, eoq; nec subsequentia nisi de eodem videntur intelligenda, cum ex præcedentibus planissime subsequentia declarentur, *l. qui filiab. in p. ibi Jas. ff. de lega. 1. l. Titia, §. idem respondit, ff. de ver. obl. Paris. cons. 43. num. 27. lib. 2.* Deniq; siue intellexeris Africanum de fideiussione in alium, quam in quem stipulatio principalis facta erat, diem collata, Africanus in proposita facti specie id modo, quod apud omnes constabat, adeoque indubitatum erat, videlicet, diem à fideiussore solutioni destinatum in æstimatione contra eum ineunda spectandum, decidisset: quod vero maxime dubium erat, videlicet, die per fideiussorem non opposito, cuius nam temporis æstimatio spectanda sit, alto silentio præteriisset: quorum certe neutrum Africano priscos inter ICtos accuratissimo quæstionum difficilimarum disceptatori, sine absurditate tribui potest. Siue de fideiussione nominatim in eundem cum stipulatione principali diem collata, præter eandem, quæ modo considerata fuit, absurditatem etiam contextus ipse repugnabit,

quandoquidem ICtus tempus ſatis acceptionis oppoſuit dici principali ſtipulationi adiecto, adeoque non diem, in quem ſtipulatio principalis collata, ſeu tempus ſatis acceptionis attendendum eſſe decidit. Faber
20 † autem Africani reſponſum legibus, quib. de æſtimatione tractatur haud congruere animaduertens, id ab imperito quopiam interprete corruptū eſſe cenſet, qui particulam *non* ante pronomen *quo* poſitam ſuſtulerit, aut verba *quo ſatis acceperit*, improuide adiecerit. At vereor, ne iſthæc emēdatio textus, præſertim nullius manuſcripti, fideq; digni exemplaris autoritate ſubnixa pleriſque minime probabilis videatur, præſertim cum ratio qua mouetur, ne aliud debitore principali, aliud in fideiuſſore, quo ad æſtimationem tempus attendendum eſſe ſtatuat, non admodum firma ſit. Ait ille: Siue maior ſive minor ſit æſtimatio, quæ á fideiuſſore debetur, dicendum erit, fideiuſſorē in aliam cauſſam acceptum eſſe, ſiquidem quantulumcunq; illud ſit, quod addatur pretio, aliud pretium eſſe intelligitur, *arg. l. pacta conuenta, ff. de contrah. emt.* præſertim in debito mercis, quæ ſicut in genere & quantitate, non in ſpecie conſiſtit, muraturq; in ſingula ferè temporum momenta, non aliter poteſt eadem merx eſſe, eademque res, quæ à pluribus debetur, quam ſi in omnium perſonis eiuſdem temporis æſtimatio inſpiciatur: Sed cum non minus fideiuſſor, quam principalis debitor promittat mercem, æſtimatio vero neutrius in obligatione ſit, verum officio demum iudicis debeatur, poſtquam per reum ſtetit, quo minus mercem ſua die ſolueret, *l. centum Capuæ, ff. de eo quod cer. lo. l. ſi quod ex Pamphila, ff. de lega. 2. l. ſemper, §. hoc interdicto, & §. ſed quod ff. quod vi aut clam, l. vinum, ubi Dd. ff. ſi cert. pet.* neutiquam dici poteſt, fideiuſſorem in aliam cauſſā acceptum, cum quæ officio iudicis demum præſtanda veniunt, cauſſam ſive obligationem principalem non immutent, ſed ei ſaltem accedant, ſive ſuperueniant, *l. centum Capuæ, cum l. fin ff. de eo quod cer. lo. l. qui per colluſionem, ff. de act. emti, l. quæro, ff. locati. l. Quintus, ff. de ann. lega.* Et multum intereſt inter mutationē pretij voluntate contrahentium factam, quæ propter eorum peculiarem cōventionem inducit aliam obligationem, & æſtimationem debitæ rei cōmunem, cuius variatio cum à conventione partiū neutiquam dependeat, aliam producere nequit obligationem, multoque minus legitime productam evertere. Mercis vero debitum, quoniam in genere, non in ſpecie conſiſtit, nec ad vnam aut alteram generis illius ſpeciem reſtringi poteſt aut debet, quippe orationis compendio ſingulas illius generis merces continens, *l. Mænius, §. non idem, ff. de lega. 2.* Semper eodem in genere merx remanere intelligitur, etiamſi pene ſingulis diebus ipſius æſtimatio mutationi poſſit eſſe obnoxia, eoq; nil minus verendum, quam ne videatur eadem eſſe merx ſive res, quæ á pluribus debetur, ſi in omnium perſonis eiuſdem temporis æſtimatio non inſpiciatur. Vt omittā, fideiuſſorem etiam in aliam quodāmodo cauſſam ſiue obligationem modo non rebus ipſis plane diſcrepantem accipi poſſe, ſi levior ipſius comodo conditio fiat, *l. Græc. §. penult. ff. de fideiuſſ.* At cum fideiuſſor æſtimationis nomine nihil vltra valorem, qui tempore fideiuſſionis erat, ſoluere tenetur, proculdubio melior eſt ipſius conditio. Proinde ſi maxime propter aliam æſtimationis adverſus eum ineundam rationem nō videretur in eandem cauſſam acceptus, quia tamen æque mercēà principali debitam fideiubendo promiſit, vtiliter & legitime intercesſerit oportet. Quæ † cum ita ſint, tam 21
contextui, quam rei veritati magis congruere crediderim eorum interpretationem, qui verbis legis firmiter inhærentes, mercem in diem promiſſam, eique ſtipulationi ſimplici-

ter fidejussorem accessisse perhibent: quo casu, cum æstimationi exigendæ locus esse cœpit, quod ob solutionem sua die non factam usu venit, *ut not. in d. l. vind. per tex. ibid. & similes*; dubitatio maxima suboritur, utrius temporis æstimatio sit ineunda contra fidejussorem, eiusne quo solutio fieri debuit, an fidejussionis intervenientis? Equidem temporis principali stipulatione solutioni destinati æstimatio spectanda videbatur, cum non modo fidejussio naturam principalis contractus, cui accedit, imitari, & ad id, quod principalis debet, fidejussorem astringere consueverit, *l. Græce, §. si quis Stichum, l. si ita fidejussorem, ff. de fidejussor.* Sed & dies solutioni præfinitus in fidejussione tacite repetitus intelligatur, *l. si ut proponitur, junct. l. si testamento, §. quæsitum, ff. de fidejussor.* eoque sicut ante diem, quo solvere reus tenebatur, conveniri fidejussor minime potest, *d. l. si testamento, §. quæsitum, & l. fidejussor ante, ff. de fidejuss.* sic ad eiusdem quoq; temporis æstimationem, nisi stato die solvatur, eundem sese simul astrinxisse, *l. quoties in diem, ff. de verbor. obligatio. d. l. vinum, & simil.* adeoq; lapsu diei morem non minus atque principalis ipse incurrisse videatur, *l. magnam, C. de contrah. stipul.* Verum respondit Africanus, tempus intervenientis fidejussionis, quod æstimationem spectandum esse, ut fidejussor æstimationis nomine nihil ultra id, quod merx debita tunc temporis valuit, solvere teneatur: *Ita responsum Africani censuit accipiendum Alciat. in d. l. vinum, ad verba, utrum cum datum, versic. sed quid in fidejussore, Lorsot. num. 32. Bolognet. num. 42. quibus astipulatur Duar. ad l. si cert. petit. c. 8. Idemq; sub dubio proposuit Aretin. in d. l. vind. num. 4. & ibid. Butigella.* Ratio decisionis ea cum primis, quod constitutionibus planissime cautum jam olim fuerit, fidejussores simpliciter, non etiam nominatim in omnem caussam intercedentes, sortis sive principalis rei solummodo, neutiquam vero accessionum damnum agnoscere oportere, ut Paulus dilucide profitetur, *l. quare, ff. loca.* Quicquid autem superat sive excedit id, quanti merx erat, sive quantum valebat tempore fidejussionis intervenientis, id nemo inficiari poterit, esse accessionem ultra rem principalem, quandoquidem tempore fidejussionis intervenientis neutiquã pars fuit æstimationis rem repræsentantis, & eidem æquivalentis, sed ex post facto demum supervenit: Itaq; nec illius damnum agnoscere fidejussorem oportebit, & quod huius consequens est, eius temporis æstimatio spectanda erit, quo fidejussio fuit inita. Cui non absimilis altera: quia cum per reum stetit, quo minus præfinito loco solveretur, fidejussoris obligationem augeri non oportet, prout idem Africanus scriptum reliquit atq; comprobauit eodem libro tertio quæstionum, *l. centum Capuæ, ff. de eo quod cert. loc.* Ergo nec augeri fidejussoris obligationem oportebit, si per reum steterit, quo minus sua die solveret: cum, quod a tempore ad locum, & vicissim a loco ad tempus valida sit argumentatio, *secundum not. per Dd. in d. l. vind. per text. ibid. & l. fin. ff. de condict. tr. t. l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt. & simil.* tum etiam, quod & hic non duæ subsint obligationes, quarum una mercem, altera complectatur id, quo plus hodie valet, quam tempore nascentis obligationis valuit, sed una tantum debitæ mercis obligatio, circa cuius executionem æstimationis ratio judicis officio committitur, *d. l. centum Capuæ, & not. Dd. in d. l. vind.* Atqui augeretur obligatio fidejussoris, si reo ad præstitutum diem non solvente, ipse teneretur solvere, quo pluris post initam fidejussionem merx valere cœpisset: Proinde id modo, quanti merx eo tempore, quo fidejussor accipiebatur, valuerit, spectari necesse est. Quæ vero loco dubitationis adducebantur, ea si rectius expendantur, huic responso non adversantur. Cum enim fidejussor, quod alioqui

satis

satis alieno debito grauetur, parumper in eo releuetur, ne plus, quam tempore fidejussionis intervenientis debitum fuerat, solvere teneatur, quid mirum, si propter hanc rationem subsistentem inter contractum principalem & fidejussionem quo ad æstimationis tempus illa, quam diximus, diversitas emergat: quanquam si velis ad juris normam exigere, non tam diversitas, quam congruentia subesse videbitur. Vt enim principalis debitor ultra rem principaliter in contractum deductam, ad ea modo, quæ propter suam culpam vel moram obligationi accedunt, tenetur, non etiam ad illa, quæ propter fidejussoris culpam vel moram creditori abesse dignoscuntur, *l. mora, §. ult. ff. de fidejuss.* Ita nec absimili ratione fidejussor, quod ipsius culpa moraue creditori damnum evenit, resarcire, *l. mora, ubi Dd. ff. de verbor. obligat. l. in condemnatione, §. unicuiq; ff. de regul. jur.* quæ vero propter culpam vel moram sui principalis obligationi accedunt, neutiquam præstare tenetur, *d. l. centum Capua.* Etsi vero fidejussione simpliciter inita super contractu in diem concepto, censeri debeat, hoc maxime voluntati contrahentium consentaneum, ne fidejussor ante, quam reus principalis, conveniri possit, *gloss. in d. l. cum quis, ff. de act. & obligat. Dd. loc. præcit. & in d. l. vinum, etiam Dec. num. 12.* Tum, 1. quod idipsum naturæ fidejussionis maxime congruat, *l. fidejussor ante, cum simileb. ff. de fidejussor.* Tum, 2. quod conventio debitoris etiam ex intervallo subsecuta, nedum in continenti adjecta, fidejussori quoque proficiat, *l. & hæredi, in fin. ff. de pact.* Tum, 3. per tex. *l. si ut proponitur, ff. de fidejuss.* ducto argumento à loco ad tempus: Tum, 4. quod exceptiones principali competentes ex contractu suo, ac per consequens etiam exceptio diei dilatoria, ex persona rei, & quidem invito etiam reo, fidejussori competant, *l. si stipulatus esses, l. ex persona, ff. de fidejuss. l. exceptiones quæ persona, ff. de except.* tum denique conseruandæ fidejussionis gratia, ne secus dicentibus, admittendum sit, partes inutiliter & frustratorie fidejussionem interposuisse, quam constat invalidam esse, quoties id actum inter contrahentes, ut fidejussor ante, quam debitor ipse principalis conueniri possit, atq; ita sit deterioris conditionis, quam reus ipse principaliter obligatus, *l. Græce, §. illud commune, l. fidejussor, §. qui certo, & §. stipulatione in diem, l. si testamento, §. ult ff. de fidejussor.* Non tamen ea propter ipsa fidejussio desinit esse pure sive simpliciter concepta, multo minus inde suboritur obligatio in diem, eoq; cæteros puræ obligationis effectus, præsertim obligati fidejussoris favorem concernentes, non magis admittit, quam obligationis in diem effectus alios induit: tum, quia fidejussor non contractu principali, sed ex fidejussione demum obstringitur ad solvendum: fidejussio vero non astringit eum, ut certo die solvere teneatur, sed cum sit simpliciter sine ullius diei adjectione concepta, simpliciter eum astringit, ut saltem aliquando solvat: Proinde nec mirum, si diei adventus tantum adversus fidejussorem operari nequeat, quantum quidem contra principalem debitorem operari dignoscitur: Tum vero maxime, quia fidejussor, quo minus ante diem, in quem collata principalis obligatio, solvere teneatur, sese tuetur non ex promissione seu fidejussione sua, sed ex contractu & persona debitoris principalis, qui cum ante diem solvere minime compellatur, proficit id quoque fidejussori, *l. & hæredi, in fin. ff. de pact. l. ex persona, ff. de fidejuss.* quando non est peculiariter actum, ut fidejussor ante diem conveniri possit, *l. nisi hoc, ff. de pactis.* Quo fit, ut cum dies principali obligationi adjectus, non simpliciter & per sese in fidejussione repertus intelligatur, sed secundum quid & eatenus modo, quatenus principali contractu ex persona

debi-

debitoris fidejussor etiam sese tueri potest, simul id necessario consequatur, fideiussorem sicut ad illius diei solutionem sese fideiusione sua non astrinxit, ita nec ad eiusdem diei æstimationem astrictum censeri posse, *argum. l. quoties in diem, ff. de verb. oblig. l. vin. ff. si cert. pet. l. ult. ff. de condic. trit.* multoq; minus eiusdem diei, qui principali, non sibi fuit ad solvendum præstitutus, quove soluturum se fidejussor minime promisit, lapsu in mora constitui, cum præsertim fidejussor, etiam ante novellam de principali prius excutiendo Iustiniani constitutionem, nec de fide principalis in solvendo protinus ambigere debuerit, nec ante diei lapsum potuerit habere cognitum, anne debitor, cui principaliter & quidem eo die solvendi necessitas incubuit, officium fecerit. Verum ex intellectu, quem hucusque comprobauimus, alia difficultas emergit, quæ Donellum præcipue, quo minus in interpretatione huius loci Duarenum sequeretur, permovit. Etenim si quo die fideiussor accipiebatur, merx pluris fuerit: quo die dari debuit, minus valuerit, ut quidem frequenter evenit, consequens esse videtur Africani sententiæ, fidejussorem in maiorem summam teneri, quam reum ipsum principalem, quod nec fidejussionis natura, nec regula juris admiserit, *l. Græce, §. illud commune, ff. de fidejuss. cum simil.* Sed cum fidejussor non sit astrictus ad eam, quæ eum intercederet, erat, mercis æstimationem præstandam, sed optimo sese jure liberare queat offerendo mercem tam fidejussoria quam principali obligatione debitam, hodieq; minus, quam cum fidejussoria nasceretur obligatio valentem, *§. 1. inst. quib. mod. toll. oblig.* utiq; non est, quod vereamur, ne fidejussor in plus teneatur, quam reus ipse præstationi, mercis eiusdem obnoxius. Quod si maxime res eo deveniret, ut omnino sit ipsamet æstimatio præstanda: Cre-
22 diderim † tamen fideiussori hoc Africani responso, quantumvis ad eum, quo exposuimus, modum intellecto non imponi necessitatem solvendi æstimationem integram, sed eum, quanto minus postea valuit, omnino deducere posse, ac proinde allatam interpretationem jure subnixā, falsitatis ne minima quidem parte convinci. Quamvis enim Africanus simpliciter responderit, eius temporis, quo fidejussor accipiebatur, æstimationem esse spectandam: nihil tamen cum eius intentioni, tum rationi & juri videtur æque congruere, quam responsum eius intelligere cum hoc moderamine sive exceptione firmiter aliunde comprobata. Africani si spectes intentionem, certe non alia fuit, quam ut ostenderet, quo ad æstimationem rei debitæ spectandam principalis & fidejussoris non parem vel eandem esse conditionem, sed huius quidem leviorem & meliorem, quandoquidem gravior vel durior eius esse conditio nequit, illius vero deteriorem. Foret autem non melior, sed deterior conditio fidejussoris eo casu, quo tempore fidejussionis maior, tempore solutioni destinato minor æstimatio est, si maiorem ille teneretur æstimationem integre persolvere: Itaq; attenta ICti intentione, sensuq; genuino, fateamur necesse est, cum hactenus æstimationem tempore fidejussionis spectari voluisse, dummodo non sit maior æstimatione temporis, quo dari debuit. Neque vero dubium, quin favore fidejussoris alioqui satis alieno debito gravati inter eum & principalem diversitas quoad æstimationis tempus unice constituatur: Hæc vero diversitas, cum in fidejussoris odium ac detrimentum vergere tunc possit, quando æstimatio tempore fidejussionis maior est, consequitur ei nullum tali casu locum esse posse vel deberi, *l. quod favore, C. de legib. c. quod ob gratiam, de reg. jur. in 6. & utrobiq; not. per Dd.* Rationes autem decisionis ambæ in eo concurrentes, quod fidejussorem ultra id, quod tempore fideiussionis debitum fuerit, teneri citra suam culpam

pam non oporteat, ſicut evidentiſsime commonſtrant, æſtimationem temporis, quo ſatis accipitur, eſſe ſpectandam, ne æſtimatione deinceps creſcente in effectu ſimul obligatio fidejuſſoria creſcat, ita cum plane deficiant, quando æſtimatio temporis eius eſt maior æſtimatione temporis ſolutioni deſtinati, neceſſe eſt etiam deficere tali caſu deciſionem Africani, *l. adigere, §. quamuis, ff. de jure patr. c. cum ceſſante, de appellat. cum ſimilib.* Deniq; diſpoſitio quantumvis in genere concepta, non valet in caſu legibus alijs aut rei natura excepto, *Dd. in l. 2. C. de noxal. act. & in l. omnes populi, ubi Bolognet. numer. 186. 195. & 196. ff. de juſt. & jure:* ſiquidem non modo quiſque ſe conformaſſe intelligitur naturæ rei de qua agitur, *l. damni infecti quidam, 43. in princ. ubi Angel. & reliqui, ff. de damn. infec. l. fin. C. de non num. pecun. c. ſolitæ, ubi Dd. de maior. & obed. l. ſi olei, C. locat. Alexand. conſil. 26. numer. 6. lib. 3. Georg. Nat. in Clem. ſæpe, de verb. ſignif.* ſed & ſemper una lex per alteram ſuppletur atque declaratur, *l. non eſt nouum, ff. de legib. l. 1. §. quib. C. de nouo Cod. l. 1. C. de inoff. dot. & ſimil.* nec in jure quicquam uſitatius, quam ut altera lex alteram limitet atq; diſtinguat, *Dd. in l. ſciendum, ubi præ cæteris Iaſ. ff. qui ſatiſd. cog. & in l. penult. ubi Alex. C. qui teſt. fac. Roman. conſil. 40. nu. 5. conſ. 322. num. 2. Plura alleg. Tiraq. de retr. conſang. §. 15. gl. 2. num. 21.* adeoq; ſi leges in eadem facti ſpecie concurrere videantur, quæ diuerſa vel etiam contraria ſtatuant, illa quæ videtur minus generalis eſſe, alteri quæ generalior eſſe dignoſcitur, prævalet atq; derogat, *c. generi, ubi Dd. de regul. jur. in 6. l. in toto, ubi Dd. maxime Dec. ff. de regul. jur. Bartol. in l. 1. §. hoc autem edictum, num. 5. 6. & 7. ubi not. etiam Alex. n. 11. ff. de noui op. nunc.* Atqui caſum, quo æſtimatio rei debitæ major eſt tempore fidejuſsionis initæ, quam tempore ſolutioni deſtinato, non tantum excipit ipſa fidejuſsionis natura, ſed etiam plurimæ leges toties tamq; diſerte diſtinguentes inter cauſſam ſive conditionem fidejuſſoris deteriorem & leuiorem, adeoq; in ſpecie decidentes, non teneri fidejuſſorem, etiamſi non illico, quando ſpondet, eius conditio deterior fieri videatur, ſed futurum ſit, fierive poſsit, ut progreſſu temporis in plus, quam reus teneatur; *l. Græce, §. illud commune, cum aliquot §. ſeqq. l. fidejuſſor obligari, §. qui certo, & §. ſtipulatione in diem, l. ſi teſtamento, §. quæſitum, l. ſi à reo, ff. de fidejuſſ.* Quocirca licet caſus ille verbis *d. l. cum quis*, videatur eſſe complexus, tamen in eo deciſio valere nec poteſt nec debet. Deniq; cum videatur inter interpretes expeditum, fidejuſſore moram culpamve committente, parem ipſius eſſe conditionem quoad æſtimationem in eundam, quæ cujuſvis alterius debitoris, quantumvis principalis, *Dd. in d. l. vin. maxime Salic. num. 5. & 13. & in d. l. cum quis, nec non in l. centum Capuæ, ff. de eo quod cert. loc.* ac proinde reſponſum Africani tali caſu, quantumvis indefinite prolatis verbis legis contineri videatur, minime procedere; eam ob cauſſam, quod & ratio juris dictet, aliæq; leges caveant, fidejuſſori perinde ſuam nocere culpam moramve oportere, quam cuiuis alij debitori ſuam, *d. l. centum Capuæ. l. mora, §. ult. ff. de uſur. l. ſi teſtamento, §. fin. ff. de fidejuſſ. cum ſimil.* vtiq; cauſſa nulla ſubeſt, quo minus etiam caſum noſtrum, utcunq; verba legis ei conveniant, non diſsimili ratione ab Africani reſponſo excipere jure liceat, *l. illud, ff. ad leg. Aquil. junct. l. adigere, §. quamuis, ff. de jure patron.*

23 Limit. 6. In donationibus, quæ ob defectum inſinuationis vitiantur, quatenus excedunt quingentos ſolidos, *l. ſancimus, C. de donatio.* Cum enim in hunc finem donatæ res veniunt æſtimandæ, ſpectandum, quanti tempore donationis factæ valuerint, *ut poſt Petr. de bellapertic. in l. ſi quis argentum, §. ſed & ſi quis vniverſitatis, C. de donatio. & alias recte tradidit Hieron. Gabriel conſil. 168. numer. 76. & 83.* Etenim ſuperveniens boni-

bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ augmentum donatũ intelligi nequit, cum neutiquam tempore donationis extiterit, & nonentis, ut vulgo perhibetur, nullæ sint qualitates, *l. eius qui in promin. ff. si cert. pet. l. verum est, in fin. ff. pro soc. l. 4. §. si modus, ff. de action. emt.* nec alia de caussa ad donatarium pertinere dignoscatur, quam quia rebus ipsis ex postfacto accessit, & inesse sive cohærere cœpit, *l. fundum, ff. de donat.* Quod vero donatum non est, id sicuti nullius eget insinuationis, ita necefficere potest, ut propter omissam insinuationem donatio pro parte vitietur. Quod si donatæ res deteriores aut viliores esse cœperint, subsequens hoc decrementum facere nulla ratione potest, quo minus etiamnum verissimum sit, res tantæ bonitatis tantiq; pretij, quanti donationis tempore fuerunt, donatas fuisse, & consequenter illarum donationem, quatenus excesserunt quingentos solidos, absq; insinuatione valere minime potuisse, necesse est. Deinde si adauctæ bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ ratio casu nostro foret habenda, sequeretur donationem perfectam & ab initio validam, puta, rerum non ultra 500. solidos tempore conventionis valentium, progressu temporis invalidam reddi, quatenus ex postfacto res donatæ valorem 500. solidorum excedere cœperunt, cum tamen quod initio valuit, vitiari sive retractari minime debeat, etiamsi postea casus evenerit, a quo non poterat inchoari, *l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel al. jur. l. plurib. §. etsi placeat, ubi Dd. ff. de verb. oblig. c. factum legitime, de reg. jur. in 6.* Sic è diverso si diminutæ bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ rationem haberi oporteret, firmaretur tractu temporis donatio rerum ultra 500. solidos valentium, quæ ab initio de jure non subsistebat ob defectum insinuationis: cum tamen, quod initio fuit invalidum, progressu temporis ne tum quidem, cum ad eum casum, a quo incipere potuisset, devenit, convalescere possit, quando caussa confirmans, ut est in proposito insinuatio, non supervenit, *l. quod initio, ubi Dec. n. 10. & reliqui, ff. de regul. jur. c. non firmatur, ubi Dyn. & alij Dd. de reg. jur. in 6.* Quibus accedit, quod alias etiam ita videmus in jure comparatum, ut tempus, quo contrahitur, attendatur, quoties de validitate vel justitia contractus ambigitur, *l. si mortis, 40. ff. de mortis caus. donat. l. si filiusfam. ff. de verbor. oblig. l. 3. §. aius, ff. de jure fisc. l. non omne, §. in stipulationib. ff. de regul. jur.* Cœterum ex dictis consequitur tunc quidem, cum donatæ res tempore donationis non excesserunt valorem 500. solidorum, non minus fore solius donatarij totum augmentum subsequens, quam decrementum in ijsdem superveniens ad ipsum unice redundat, *l. grege, l. quod in rerum, §. si quis post, ff. de legat. 1.* Verum quando tunc temporis valuere pluris, quam 500. solidi, minime videtur ambigendum, quin sicut ipsæ res, quatenus summam lege præfinitam excedunt, donatoris remanent, ita crescentis etiam vel decrescentis deinceps bonitatis emolumentum aut incommodum ad ipsum pro rata pertinere debeat, *per tex. l. sancimus, §. ne autem, C. de donat. junct. l. si quis putans, §. si quid post, vers. sed & accessionem, l. sed postquam, ff. comm. divid.*

Limit. 7. quoties ob læsionem a- 24
gitur ad rescissionem contractus, prout usu venit in remedio *l. 2. C. de rescin. vend.* Tunc enim læsio dijudicatur attenta & considerata rei æstimatione quæ fuit tempore contractus, *Dd. in d. l. 2. ubi præ cæteris Bart. nu. 16. Bald. num. 56. & 61. Castr. num. 4. Cagnol. num. 213. dicens* communiter *ita concludere scribentes, Donell. num. 4. Pinell. in repet. p. 3. c. ult. n. 15. dicens* omnes *hoc ibid. tenere Dd. in l. si voluntate, C. de rescin. ven. & in l. pretia rerum, ff. ad legem Falcid. & in c. cum dilectus, de emt. & vend. Gab. Rom. lib. 3. commun. concl. tit. de emt. & vend. concl. 1. num. 47. plures allegans: quibus addi possunt Angel. & Ias. in §. si quis agens,*

agens, instit. de act. Guid. Papa decis. 157. Albert. Brun. de augmen. conclus. 14. lim. 3. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. num. 22. dicens communem, *Molin. de usur. q. 93. num. 715. & q. 94. num. 721. Stephan. Forcat. de occultajurispr. dialog. 100. num. 3. Parisius consil. 128. num. 35. vol. 1. Crauett. consil. 894. numer. 23. volum. 5. Mynsing. cent. 4. obseru. 73. Natt. consil. 351. num. 1. tom. 2. Gabr. cons. 168. nu. 83. Decian. cons. 123. num. 91. volum. 3. Moz. de contractib. t. de emt. & vend. sub rub. quib. casib. annulatur emtio, num. 13. Mascard. de probat. volu. 2. conclus. 962. nu. 4. Tessaurus decis. 239. num. 4. Anton. Fab. de error. pragm. decad. 8. err. 5. & 8. & de varijs nummar. debit. solut. c. 13. prope fin. Tex. expr. in d. l. si voluntate, in fin. & in d. c. cum dilecti, ibi, tunc valentem, nec non in c. cum tua, de emt. & vendit.* Cuius quidem limitationis est ratio, quia post contractum initum, idquod ex obligatione contracta præstandum est, non illius, qui præstare tenetur, sed eius, cui præstari debet, periculo interit ac deterius fit, *l. si ex legati, ff. de verbor. obligat. l. contractus, ff. de regul. juris, cum simil. Sebast. Med. de casib. fort. p. 2. q. 10. num. 146.* prout etiam vicissim huius commodo cedit, si melius idipsum fiat, *l. fundum, ff. de nouat. l. id quod post, ff. de perit. l. secundum natur. ff. de regul. jur. Crauet. consil. 262. num. 6. vers. tertio, lib. 2.* Quo fit, ut sive maioris pretij postea cœperit esse, ante omnia illud emolumentum in læsione dijudicanda deducendum sit, quippe secundum legis dispositionem ex natura contractus ad eum, cui res præstanda fuit, pertinens, *l. ultim. C. de in int. restit.* Sive minoris, propter eandem rationem hoc superveniens incommodum in læsione computari minime debeat, *l. ait prætor, §. quæsitum, versic. & districti, l. verum, §. sciendum, ff. de minorib.* ac proinde nihil amplius restet, quam ut in læsione spectetur æstimatio eius temporis, quo contracta fuit obligatio. Hinc infer-
25 tur primò: Etiamsi † post contractum initum, prius quam res præstaretur, ea pluris aut minoris valere cœperit, nihilominus in æstimanda probandaque læsione spectandum esse, quanti ea res tempore contractus valuerit, non quanti tempore traditionis sive præstationis, *Lonell. in d. l. 2. num. 4.* Hoc enim evincit adducta ratio, siquidem augmentum ac decrementum bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ inito contractui superveniens ante traditionem non minus, quam quod post eam demum evenit, jure nostro ad eum, cui res erat præstanda, pertinet, modo non in dolo, mora vel culpa fuerit, qui eandem præstare tenebatur, *d. l. si ex legati, d. l. fundum, d. l. contractus*: id quod non minus evidenter probant *d. l. si voluntate, & d. c. cum causa,* quibus simpliciter constituitur, attendendam esse æstimationem, quæ tempore venditionis fuerit: inde namque liquido patet, cum sit aliud vendere, aliud tradere, sive uno eodemque tempore venditio pariter ac traditio facta fuerit, temporis illius æstimationem esse attendendam, non quatenus est tempus traditionis, sed quatenus est tempus venditionis: sive alio tempore venditio, alio traditio facta fuerit, secundum *d. l. si volunt. & d. c. cum causa*, non huius, sed illius tempus quo ad æstimationem esse spectandum. Infertur secundò † ad contractum, 26 non pure initum, sed in diem: Quamvis enim in eo dicendum videbatur, ad tempus præstationi destinatum æstimationem in remedio *d. l. 2.* referendam, cum tempus contractus id quoque nominari & possit, & quandoque soleat, quod in ipso contractu solutioni vel traditioni fuit assignatum, & contrahentes assignato tempore id egisse videantur, ut res præstetur talis, qualis eo tempore fuerit, *l. 2. ff. de usur.* insuper etiam loco præstationi assignato, quanti res eo loci valeat, in remedio *d. l. 2.* attendatur, *ut sensere Dd. in d. l. 2. ubi post alios Pinell. p. 3, c. ultim. num. 16. Albertc. de Rosat. in l. vinum, ubi Alexan.*

Bb *num. 6.*

numer. 6. Decius num. 10. Alciat. num. 61. Loriot. num. 53. Cagnol. numer. 57. dicens modernos communniter *hoc sequi, Bolognet. num. 34.* & à loco ad tempus argumentum sit validum: Verius tamen est, non hoc, sed tempus initi contractus in remedio *d. l.* attendendum esse: Probatur primò *per d. l. si voluntate, in fin.* quam de tempore factæ venditionis agere, negari nō potest, cumque fieri nequeat, ut pariter ad utrumque tempus, factæ scilicet venditionis & præstationi destinatum referatur æstimatio, inclusio temporis, quo facta est venditio, alterius exclusio fit oportet, *l. cum prætor, ff. de judic. l. maritus, C. de procur.* Secundò per *c. cum dilecti, de emt.* ubi valor sylvæ pretio viliore distractæ nominatim ad tempus quo contrahebatur, refertur, prout etiam per *d. c. cum caussa*, ubi læsio ultra dimidium veri pretij in ipsa venditione contigisse perhibetur, eoque ad tempus factæ venditionis æstimatio refertur. Tertio per *d. l. 2.* ubi Imperatores beneficium *d. l.* ea demum conditione venditori læso indulgent, si rem minoris, quam dimidia pars veri pretij sit, distraxit: Quare vel ex *d. l. 2.* patet evidenter, æstimationem non ad tempus solutioni destinatum, sed factæ venditionis referri oportere. Quartò, quia constat emolumentum crescentis ante diem solutioni destinatum æstimationis ei cedere, cui res præstanda est, prout etiam periculo decrescentis æstimationis idem subjacet, ut proinde in probanda & æstimanda læsione valoris ante diem adaucti vel diminuti ratio neutiquam haberi, sed tempus, quo contrahebatur, attendi debeat. Non obstat, quod tempus in contractu solutioni assignatum, quandoque tempus contractus nuncupari solet. Non enim illud per tempus conventionis denotatum censetur, nisi ex contextu aut aliunde constet, in hac significatione fuisse usurpatum, aliàs in dubio potius id intelligitur, quo contrahebatur; Quare hac posteriore magis propria significatione usurpatum censeri debet *in d. l. si voluntat. & d. c. cum caussa*; vel eo magis, cum in *in d. c. cum caussa, & d. c. cum dilecti*, non nisi tempus factæ venditionis denotatum reperiatur. Ex eo vero, quod contrahentes velle censentur, ut res præstetur talis, qualis tempore solutioni destinato fuerit, tantum abest, inferri posse, tempus solutioni destinatum in remedio *d. l. 2.* spectandum esse, ut potius inde contrarium colligere liceat, siquidem contrahentes, eo ipso, quod de pretio rei certo conveniunt, rem tamen ipsam præstari volunt, qualis tempore solutioni destinato erit, declarant, emolumenti vel detrimenti circa bonitatem rei extrinsecam vel intrinsecam contingentis ante diem absque dolo culpave contrahentis, non esse rationem habendam, ut si maxime respectu valoris ante moram adaucti vel diminuti remedium *l. 2.* competere tam posset, quam non potest, tamen assignatione diei tacite dicto remedio renunciasse viderentur, & remedio *d. l. 2.* tam tacite quam expresse renunciari posse, sentiunt *Dd. in d. l. 2. ubi ex recentiorib. Donell. num. 6. Gabr. Rom. d. t. de emt. concl. 1. num. 90. & seqq. & per eum allegati. Covarr. lib. 2. var. resol. c. 4. numer. 2.* communem *dicens & plures allegans.* Argumentum autem à loco ad tempus, non procedit, quando non est eadem temporis, quæ loci ratio, *Dd. in d. l. vind.* ut in proposito, ubi ad locum solutioni destinatum propterea referri potest ac debet æstimatio læsionis, quia non tantum secundum valorem eo loci vigentem partes contraxerunt, verum etiam ipsa læsio contigit inter contrahendum, ut requirit *d. l. 2. & c. cum caussa.* Secus in tempore traditioni destinato, quo sive adauctus, sive diminutus rei valor fuerit, eius id commodo vel incommodo jure cedit, cui præstanda res est, ad quem non in contrahendo, sed progressu demum temporis nec per contractum, sed casu potius fortuito tale

tale commodum vel incommodum pervenit. Proinde non mirum, loci saltem, non temporis traditioni destinati æstimationem attendi oportere.

27 Infertur tertiò ad contractus, è quibus annuæ pensiones sive in pecunia sive in alijs rebus præstandæ veniunt: nam nec ij remedio *l. 2.* rescinduntur, nisi attenta rei æstimatione, quæ tempore contractus erat, læsio contigerit ultra dimidium justi pretij, *Albert. Brun. de augm. rebusque add. concl. 14. lim. 3. Cagnol. in d. l. 2. num. 214. & 219.* Idemq; sensisse videtur *Panor. in c. quanto, num. 11. de censib. Barto. Cæpolla de seruitut. vrb. præd. c. 56. num. 21. Tessaur. decis. 239. num. 4.* Hic enim eadem fundamenta locum habent, quæ in illatione præcedenti, cum ab obligatione in diem non discrepet annua, nisi quod in illa tempus differendæ, in hac multiplicandæ per singulos annos solutionis gratia fuerit adjectum. Sive igitur ab initio res tradita fuit, & pretij loco annua pensio constituta, uti fit in emphyteusi, sive pretium ab initio solutum, & vicissim ab altera parte reditus annuus in obligationem deductus, sive uterq; contrahentium ad annuam pensionem teneatur, non est ambigendum, quin secundum tempus conventionis æstimatio læsionis ultra dimidium justi pretij sit ineunda. Tanta læsio si tempore conventionis non intervenerit, remedio quidem *l. 2.* non poterit esse locus: non tamen negaverim si contractus eiusmodi depræhendantur peccare in leges usurarias, eos saltem ex tali caussa rescindendos fore, vel reducendos ad limites usuris etiam succedaneis præstitutos, secundum ea quæ passim traduntur ab interpretibus juris Canonici sub *t. de usur. Dd. in l. pecuniæ fænebris, in l. usuras, & in l. placuit, ff. de usur. nec non in l. si pro mutuo, C. si cert pet. & in l. eos, §. si quis autem, C. de usur. ac præ cæteris Molin. de usur. q. 10. 21. & 57.*

28 Infertur quartò ad contractum conditionalem aut collatum in diem incertum, puta, tempus mortis, ut illius, non autem conditionis sive diei incerti demum existentis, multoque minus præstationis postea subsequentis tempus quo ad æstimationem in remedio *l. 2.* sit spectandum, *Hieron. Gabr. co. 168. n. 76. 80. 83.* Tum per *d. l. si voluntate, & d. c. cum caussa*, quibus cum ad tempus contractus æstimationem esse referendam perhibeatur, & ab eo longe differt tempus existentis conditionis, planeq; sit alterum ab altero diversum, pariter eo ipso negatur, ad tempus conditionis evenientis æstimationem esse reducendam: Tum, quia conditio existens retro trahitur, ut perinde habeatur, ac si illo tempore, quo contrahebatur, pure sineq; conditione contractus esset initus, *l. potior, §. 1. vers. cum enim, ff. qui potior in pign. Donell. post alios in l. eum qui Calend. § ult. n. 54. ff. de ver. oblig.* Tum, quia res in obligationem deducta periculo ei9 cui præstanda venit, deterior fit pendente conditione, sive die incerto, *l. necessario, vers. sane si extat, ff. de peric. & com. rei vend.* & consequenter eiusdem commodo cedet, si res interea melior fiat, *§. sed etsi post, versic. nam & commodum, inst. de emt.* Vnde cum sit huiusmodi sive detrimentum sive emolumentum in æstimanda læsione casu nostro deducendum, nihil amplius restat, quam ut ad tempus contractus initi simpliciter æstimatio referatur.

Infertur quintò: juri † non esse consentaneam Pinelli doctrinam asserentis in *repet. l. 2. p. 3. c. ult. n. 16.* non esse in remedio *d. l.* attendendum tempus conventionis, sed executionis, si traditio rei vel executio negotij collata sit in futurū: Cum enim non nisi tempore aut conditione sive tacita, sive expressa conferatur in futurum, & in obligationib. tam in diem, & annuis, quam conditionalib9, aut etiam in tempus mortis collatis tempus initi contractus esse spectandum cōstet, perperam Pinellus hac in parte sensefit oportet. Allegat quidem *Panorm. in c. in civitate, nu. 3. de usur. cum notatis à Decio consil. 111.* Sed neuter eo de casu loquitur, quo rescissio petitur ex *l. 2.* 29

Panorm. enim in loco alleg. notat ex *d. c.* in contractibus etiam usurarijs spectandum esse valorem, qui sit tempore conuentionis: tempus autem solutionis tum demum, si dubium sit, merces distractas plus minusve tunc temporis valituras, & venditor alioqui tempore contractus eas non fuit distracturus: quæ duo si concurrant, ne contractus judicetur usurarius, efficiunt, *c. nauiganti, ubi Dd. de usur.* ne vero contractus rescissioni *l. 2.* sit obnoxius, si alteruter ultra dimidium veri pretij, quod tempore conventionis erat, sit læsus, efficere nequeunt. Vt enim dubium fuerit, frumenta & id genus alia functionem in genere suo recipientia, (namque cæterarum rerum præsertim immobilium æstimatio mutationi tantopere non est obnoxia) tempore solutionis plus minusue valituras esse, tantum tamen abest, hac de caussa læsionem ultra dimidium justi valoris, qui tempore contractus erat, esse tolerandam, ut ne quidem metas usuris tam succedaneis, quam veris præfixas excedere liceat, *l. cum non frumentum, l. olei, l. eos, C. de usur. juncta l. Julianus, §. idem Papin. ff. de act. emt. Dd. in d. c. in ciuitate, & in d. c. nauiganti, nec non in d. l. eos. Molinæus post alios tr. de usur. q. 74. maxime num. 494.* Adde quod ubi quid carius aut vilius emitur sive distrahitur, quia dubitatur, plus an minus tempore solutionis valiturum sit, contrahentes licet incertitudinem futuri tempore solutioni destinato valoris respiciant in contrahendo, quod significare Panorm. voluit, dum solutionis tempus attendi scripsit, prout idem quoque sensisse opinor Mascardum qui Panormitanum sequitur *vol. 2. de probat. concl. 962. num. 7.* tamen secundum eum valorem non modo non contrahunt, verum etiam super eo reipsa transigunt, taciteq; cavent, ne deinceps, cum extiterit, illius ratio haberi debeat, dum consideratione illius incertitudinis in pretio rei paulo maiore vel minore, quam sit præsens, tempore scilicet conuentionis, æstimatio, consentiunt. Hinc Pontifex *in d. c. in ciuitate, & in d. c. nauiganti*, simpliciter pronunciat, eiusmodi contractum non esse usurarium, sed licitum, sive postea solutionis tempore res pluris, sive minoris valeat. Deniq; sive sit incertum, plusne vel minus vel tanti res valitura sit tempore solutionis, quam tempore conventionis valuit, neuter solutionis tempore dicere poterit, se læsum ultra dimidium justi pretij, quantumvis eo tempore minus dimidia parte justi valoris consecutus fuerit, quia cum illo incommodo compenset oportet, quod mutatione valoris contraria consecuturus erat, *l. secund. natur. ff. de regul. jur. junct. l. si jactum, ff. de act. emt. l. si pater puellæ, ubi Dd. C. de inoff. test. cum siml. Crauetta & per eum allegati consil. 886. num. 13. vol. 5. Natta consil. 670. nu 8. tom. 4.* Sive sit verisimile, pluris rem solutionis tempore valituram, & postea pluris eo tempore non fuerit, vel e diverso verisimiliter minoris valitura sit tempore solutioni destinato, postea vero contrarium eveniat, multo magis utroq; casu dicendum erit idem, quod in præcedenti, cum hic tanta non interveneri incertitudo, sed ex eo, quod plerumque sive communiter accidit, verisimile fuerit, potius contrarium eius, quod postea præter omnium expectationem accidit, eventurum fuisse. Et ut iniquum non fuit ea de caussa, quod res verisimiliter pluris aut minoris tempore solutionis valebit, maius aut minus, quam illa tempore contractus valeat, pretium constitui, modo neuter eo tempore lædatur ultra dimidium justi valoris, adeoque in effectu nec legitimus usurarum modus excedatur, *l. Julianus, §. idem Papin. ff. de act. emt.* Ita nec ex post facto, si contrarius præter opinionem sequatur eventus, quod licitum & æquum hucusq; fuit, illicitum fieri potest, cum præsertim in pretium majus aut minus consentiendo periculū casus haud prorsus insoliti tacite in sese recepisse dignoscatur. Vt omittā absur-

absurdum videri, contractum licite sic ab initio initum, vt remedio *d.l.2.* rescindi neutiquam potuerit, lubrica æstimationis immutatione sub tẽpus executionis obnoxium rescissioni fieri, & ab incerto euentu remedium *d.l.* dependere. Decius autem etsi *d. cons. 111. num. 12.* quinque casus adducat, quibus venditio maiori precio ad terminum fieri possit, nusquã tamen toto consil. asserit æstimationem secundum tempus solutionis ineundam esse, contrarium potius in eo passim innuit, nec de læsione vltra dimidium iusti valoris, sed vsuris tantum succedaneis disserit, sic tamẽ vt à *Molinæo ibid. in add. & in tr. de vsur. q. 74. nu. 494.* reprehendatur & refutetur.

30 Infertur sextò: quoties ob læsionem, quam in contractu quis alterius dolo incurrit, agitur ad resartionem damni, siue id quod interest, æstimationem læsionis, ad tempus cõtractus, quo dolus interuenit, & læsio contigit, esse referendam, *Paris. cons. 16. num. 82. & 83. vol. 1. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 962. nu. 4.* Quod vltra rationem superius adductam, probatur etiam ex *l. Iulianus, §. si venditor, ff. de act. emt.* vbi æstimatio læsionis ad tempus venditionis reducitur, dum pluris emens propter aduersarij dolum actione ex emto tantum recuperat quanto pluris emit: ita vicissim, si emtoris dolo venditor minoris distraxisset, tantum actione venditi consequetur, quanto minoris vendidit, *d. §. si venditor.* Quin ex eo quoque comprobatur, quia simul atque dolo alterius quis in contrahendo læditur, vel actio ex eo contractu, vel si nequeat ex eo competere, saltem actio doli protinus aduersus dolosum competit ad æstimationem damni siue ad id quod interest, *d. §. si venditor, l. eleganter, in pr. ubi Dd. ff. de dolo. Pinell. post alios in repet. d. l. 2. p. 2. num. 12.* & quoties iure actionis æstimatio damni siue eius quod interest, exigi potest, ea reducitur ad id tempus, quo actio & obligatio nata fuit, *l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. ubi, §. is autem, ff. de eden.*

Infertur septimo: ad † restitutionem 31 in integrum, in qua læsio non ex eo, quod post contractum casu fortuito accidit, æstimatur, siquidem damnũ, si quod minor ex casu fortuito superveniente sentit, ad eum iure communi pertinet, sed tempus contractus attenditur, & æstimatur, an & quatenus in contrahendo minor inconsulta facilitate sit læsus, *l. ait prætor, §. quæsitum, vers. & districte, l. verum, §. sciendum, & utrobiq. Dd. ff. de minor. l. ult. ubi Dd. C. de in int. rest. sensit Gravet. consil. 11. num. 17. 18. plures allegans, & consil. 707. num. 24. vol. 4. Mascard. de probat. vol. 1. conclus. 962. num. 4. Ant. Fab. de error. pragm. decad. 8. err. 2. vs non enim.* Cæterum † limitationem 32 nostram restringit ibidem Mascard. *num. 8.* ne in actibus successiuis futura tempora respicientibus procedat: In his enim quamvis contractus non contineret à principio læsionem, tamen si deinceps ob temporum mutationem continere læsionem cœperit, sufficere probationem læsionis secundum qualitatem præsentis, non autem præteriti temporis, censet, *pro hoc allegans c. quanto, de censibus Jason in l. quominus, q. 22. ff. de flumin. Dec. con. 335. cum aliis nonnullis.* Sed cum decisio *d. c. quanto,* fundetur super liberalitate obligantis semetipsum, eoque non sit ad alios contractus, in quib. aliquid hinc inde datur & recipitur, extendenda *secundum Innoc. ibid. & Panor. num. 11. Iason in d. l. quo minus, nu. 140. Natta cons. 397. nume. 15. tom. 2. Crau. conf. 294. num. 8. vers. non obstante notato, vol. 2.* & ex prædictis abunde pateat, læsionem contractu pridem inito superuenientem, restitutioni vel rescissioni contractus siue remedio *l. 2.* locum haud facere, nec possit videri quis deceptus in contrahendo ex euentu eius, quod post contractum acciderit, *l. bonitatis, cum l. seq. ff. de evic. Anton. Fab. de variis num. deb. solut. c. 13. prope fin. Gabr. co. 168. n. 75. 84.* Isthæc restrictio videtur ita

demum sustineri posse, si læsio postea superueniens tam sit insolita, vt de ea verisimiliter contrahentes, præsertim is qui sese obligavit, tempore conuentionis cogitare nequiuerint, *ut est text. in l. Titius, v. plane, ff. de act. emti, tradit q. Capoll. de seru. vrb. prædior. c. 50. n. 22. Iac. de S. Geor. de feud. verb. & cum molendinis, n. 6. v. præmissa, & late Molin. ad l. unic. q. 1. nu. 50. cum 3. seqq. C. de sent. quæ pro eo quod int.* adeoq; si de tali status conditionis suæ mutatione cogitassent, nominatim casum huiusmodi mutationis sive læsionis excepturi fuissent, *Petr. Anch. con. 83. prima facie, quem refert & sequitur Dec. d. con. 335. nu. 3.* Regulariter enim conuentio non extenditur ad incogitata, *l. cum Aquitana, l. qui cum tutorib. ff. de transac.* nec inspicitur, quod euenire potest, quando præsens status non indicat contingentiam de futuro, *d. l. Titius, vers. plane, l. inter, §. sacrum, ubi Bar. & Dd. ff. de verb. oblig. Capol. d. c. 50. nu. 22.* & in generali dispositione non veniunt plane insolita & inconsueta, quoniam ea quis non esset verisimiliter inspecie concessurus, *l. fistulas, §. ult. ff. de contrah. emt. l. si quis domum, §. si colonis, ff. loca. Pecc. in c. in generali, de regul. jur. in 6.* Qua ratione sustineri quoque potest, quod aliqui tradunt, reductionem contractus ad æquitatem fieri debere, quando res tractu temporis efficitur iniqua, vel in infinitum crescit, *ut post Pileum quæst. 48. & Jas. in l. quo minus, num. 136. & seq. ff. de flum. asseruit Tessaur. decis. 120. sub fi. & 226. per tot.* prout etiam simili modo defendi potest & intelligendum videtur, quod pro regula traditum reperitur, sermonem generalem & indefinitum non trahi ad futura, quando resultaret magnum præjudicium, *Ias. d. l. quo minus, n. 144. Tessaur. d. decis. 226. num. 2.*

EXERCITATIO VNDECIMA.

De æstimatione ad tempus solutionis referenda.

SVMMARIA.

1. *Aestimatio quoties ante moram pro re solui debet aut potest, ea præstanda venit, quæ tempore solutionis est.*
2. *In retractu conuentionali retrahens tenetur soluere, quanti res tunc valet, cum retrahitur.*
3. *Quod extenditur aliquot casibus.*
4. *Super quæstione, an sit necesse tantundem offerri, quantum alius præstiturus est, contraria interpretum sententia recensentur.*
5. *Et fœdere distinctionis conciliantur.*
6. *In obligatione annua, quoties pro re debita præstatur æstimatio, vnumquodq; tempus, quo citra moram soluitur, attendendum.*
7. *Nisi præscriptione aliud inducatur.*
8. *Acquivalentia vnius rei ad alteram æstimatur ex tempore præstationis.*
9. *Aestimatio rei refertur ad tempus solutionis, etiamsi creuerit vel decreuerit propter augmentum vel diminutionem bonitatis intrinseca.*
10. *Ad idem tempus ea refertur tam in obligatione generis, quam rei certa sive speciei.*
11. *Emtor aduersus venditorem non ad æstimationem euictæ rei, sed ad pretium pro ea datum, hac si quid amplius eius intersit, agit.*
12. *Recensetur opinio Molinæi negantis, in repetitione solius pretij respectum haberi debere ad superueniens augmentum vel decrementum bonitatis aut valoris euictæ rei.*
13. *Contraria sententia defenditur.*
14. *Et Molinæi rationibus respondetur.*

15. Objcl.

15. *Obijcitur* l. bonitatis, ff. de euict. *& reijcitur sententia restringentium eam ad actionem ex stipulatione dupla.*
16. *Verus* d. l. *intellectus affertur.*
17. *Obijcitur* l. sed si quid, ff. de euict. *& ad eam respondetur.*
18. *Debitor præstare tenetur, quanto res ipsius culpa deterior est facta.*
19. *Secus quando culpâ eius, cui soluitur æstimatio, res deterior est facta.*
20. *Aestimatio laboris, industriæ vel impensarum debitoris, quibus res effecta est pretiosior, deducetur in rei æstimatione ineunda.*
21. *Idem iuris est, si tertius in rem alteri præstandam bona fide impenderit.*
22. *Cui soluitur æstimatio rei, simul imputatur in æstimationem, quod is in rem impendit.*
23. *Consanguineus retrahens integrum pretium pro re datum soluere tenetur.*
24. *Contractus quando resoluitur, tantum quis recuperat, quantum pro re dedit.*
25. *Quod procedit respectu rei, pro quo datum, non autem si id ipsum, quod datum fuit, per sese spectetur.*
26. *Rem ex caussa lucratiua sibi debitam, si quis consequatur ex caussa onerosa, præstandum est id modo, quod ei propter rem abesse videtur.*



POst tempus orientis obligationis, considerandum uenit tempus, quo citra moram solutio fit, in quo non est, quod de æstimatione rei quæratur, quando res ipsa in obligationem deducta soluitur, prout regulariter eam solui necesse est, *l. ubi autem, §. vlt. ubi Dd. ff. de verbor. obligat. Dd. in l. vinum, ff. si cert. petat.* Verum quia sæpenumero casus eueniunt, quibus illius loco æstimatio solui debet aut potest, *vt referunt Dd. in d. l. vin. & in l. 2. §. mutui datio, ff. si cer. pet.* an tunc eius temporis, quo soluitur, æstimatio præstanda sit, quæstionis est? Et placet † id ipsum tempus in
1 huiusmodi casibus attendendum esse, *prout sensit Bart. in l. cum certum, ff. de auro & arg. leg. Bald. in l. cum quid, n. 7. vers. hinc teneo, ff si cer. pet. & inc. quanto num. 8. de iureiur. Martin. Laud. de monetis, post quæst. 14. vers. vlterius quærendum, num. 23. & seqq. Matth. de Afflic. decis. 278. Albertus Brun. de augm. monet. partic. 5. maxime n. 6. & limit. 2. maximè, vers. poterit enim. Idem in tr. de augm. concl. 16. nu. 3. Socin. iun. cons. 44. n. 9. vol. 4. Hieron. Grat. cons. 12. lib. 1. Gabr. Rom. lib. 3. comm. concl. 1. de solut. concl. 2. n. 4. Ant. Fab. de variis numm. debit. solut. c. 21. v. cum ergo. Dectan. con. 123. n. 58. & 91. vol. 3.* Est enim ex dictis in exercitatione proxime præcedēti manifestum, non esse tempus initæ conventionis aut dispositionis in æstimatione spectandum: nec est in proposito mora commissa, vt æstimatio referri possit ad id tempus, ex quo regulariter quidq; æstimatur, *l. vinum, ff. si cer. pet. l. penult. & vlt. ff. de cond. tritic. l. hominem, ff. mand. l. si Calendis, de re jud. cum simil.* Quocirca cum nihilominus eo sit peruentum, vt pro re solui possit aut debeat æstimatio, nihil amplius restat, quā vt solutionis tempus in æstimatione rei præstanda considerandum sit. Probatur idem *per tex. l. cum certum, ff. de aur. & arg. lega.* vbi clare decidit ICtus, pro legato auri vel argenti certo pondere pretium præsentis temporis esse præstandum. Ac licet *Arius Pinell. ad rub. C. de rescin. ven. p. 1. c. 3. n. 22.* contendat illa verba *præsentis temporis* de tempore dispositionis siue testamenti conditi esse intelligenda *per l. si ita legatum, ff. de auro & arg. lega.* cumq; sequatur *Bronch. Evart. cent. 1. assert. 64.* tamen ijs denotari tempus solutionis, & contextus ipse suadet, & tradunt *Bart. & Dd. ibid. I u l. Roma. consil. 123. & singul. 513. Albertus Brunnus de augm. monet. partic. 5. & 9. Carolus Molinaus de vsur. quæst. 99. numero 745. Anton. Faber de variis num. deb. solut. c. 21. &* communiter *interpretes, ipso Pinello teste.*

Modestinus enim tempore testamenti conditi nec quærit, nec disponit, verum de tempore solutionis loquitur, prout etiam præcitata verba postremis in præsenti, non præterito prolatis, & quidem solutionem designantibus immediate connectit, adeoq; pariter innuit, qualitatem junctam verbis, *præstari debet*, secundum tempus verborum accipiendam esse, *l. in delictis, §. si extraneus, ubi Bart. & Dd. ff. de noxal. action. Menoch. consil. 666. num. 27. vol. 7.* vel eo magis, cum ab initio in præterito temporis, quo legatum est, meminerit, ut si de eodem sentisset in sequentibus, id quoque tempus, cuius pretium præstari voluit, in præterito debuerit exprimere, prout Paulum fecisse videmus *in d. l. si ita legatum.* Nec juvat Pinellum, quod Paulus illic testamenti tẽpus in sequentib. præsens nominat: id enim ab eo propterea fit, quia verba testatoris ibi referuntur, perinde ac si tunc testator disposuisset: cumq; illa non aliud tempus à testatore insertum complectantur, merito secundum tempus dispositionis sive testamenti conditi, quod tunc præsens est, intelligenda esse docet: Sed & ibi de rebus ipsis, quæ, cuiusve temporis in dispositionem deductæ censeri debeant, agitur: Longe secus in responso Modestini, ubi nec verba testamentariæ dispositionis ulla recensentur, quorum respectu tempus testamenti præsens dici queat, nec de rebus quæritur, quæ vel cuius temporis legatæ videantur, verum de pretio, quod pro legata re præstatur, cuius esse temporis debeat, ut mirum non sit, in rebus & responsis tantopere discrepantibus, decerni, diversa tempora spectanda esse. Tertiò suffragatur *tex. l. in lege Falcid. hoc esse, §. corpora, ff. ad leg. Falcid.* ubi corpora, quæ sunt in bonis defuncti, secundũ præsens pretium Ulpianus ait æstimanda esse. Præsens de tempore, quod testatoris mortem sequitur, quove legatorum æstimatio instituitur, accipiendum esse, tam titulus & materia subiecta, quã ipse contextus mortem testatoris aperte præsupponens, & ad appositum æstimandi verbum pretium referens, evidenter arguunt. Non quidem computatio legis Falcidiæ, de qua loquitur ille textus, undiquaq; proposito nostro congruere videtur, attamen per eam singulis legatis, pro rata, quantum sufficit ad quartam hæredi debitam, detrahitur, *§. cum autem, inst. de lege Falcid.* ut proinde vel hæredi vel legatario pars aliqua pręsentis pretij rei legatę, pro parte, quam ex re legata habiturus esset, obvenire debeat, *d. §. cum autem, juncto d. §. corpora.* Quod autem in parte, præsertim quota sive indivisa juris est, id etiam in toto solet obtinere, quando ratio diversitatis haud reddi potest, *Bal. in l. maximum vitium, in n. 28. C. de lib. prat. Euerh. in loc. à toto ad partem, nume. 7. & 8.* Accedit quarto tex. *l. Titia, ff. de auro & arg. lega.* qua Paulus respondit, pretium auri legati pręstari oportere, quanti comparari potest. Similis omnino tex. *in l. filiusf. §. si quid alicui, ff. de lega. 1. & in l. si donata, ibi, quanti ea res sit, ff. de dona. inter vir. & ux.* Atqui si crevit eius ęstimatio à tempore testamenti conditi, non posset comparari pretio temporis eius, quo testator disposuit: aut si decrevit, minore pretio comparari posset, quam tempore testamenti conditi fieri potuisset. Restat igitur, ut quanti comparari potest tempore præstationis, tantum pretij solvendum sit. Suffragatur quinto *l. qui concubinam, 29. alias, qui quatuor, §. ult. ff. de lega. 3.* ubi cum legatas ędes hęres emere nulla conditione posset, At eius respondit, ęstimare judicem oportere, quanti ędes sint, cum quidem sit tẽpus aliud, quam quo judex ęstimat, hęresque citra procrastinationem soluturus est, attenderetur, puta, testamenti conditi, ęstimandum esset, non quanti sint ędes, sed quanti fuerint illo tempore. Sextò, huc faciunt cęterę leges de casibus, quibus citra moram rei solvitur ęstimatio,

quoquo

quoquo modo agentes, quibus asseritur æstimationem sive pretium vel acceptum seu præstitum esse, *l. ex diverso, §. petitor, ff. de rei vend. l. Titia, §. Lucio, ff. de ann. lega. l. 1. & 3. ff. pro empt.* vel præstari oportere, *l. si domus, §. qui fatetur, ff. de legat. 1. l. non dubium, § ult. ff. de legat. 3. l. Titia, §. Sempronia, ff. de auro & argen. lega. §. non solum, instit. de legat.* vel condici posse, *l. si filiofamilias res, l. illud, §. Iulianus, ff. de mortis causs. donat.* vel æstimationem justo pretio faciendam esse, *l. si donatæ, ff. de donat. int. vir. & vx.* Etenim cum in eis non sit aliud comprehensum, nec determinatum, cuius temporis æstimatio præstari debeat, præsens tempus, quod est, cum præstatur pretium sive æstimatur, intelligatur oportet, secundum regulam *l. si ita legatum, vers. quia præsens, ff. de auro & arg. leg. Fac. l. fundum, ff. de nouat.* & id quod paulo ante diximus, qualitatem verbo junctam, secundum verbi tempus esse accipiendam, *per d. l. in delictis, §. si extraneus, ff. de noxal. act.* Septimo induci potest *l. si inter, C. de jure dot.* qua Imperatores rescribunt in placitis specierum dotalium, reddendarum idcirco pretiorum nomen annexum videri, ne si species aliqua deminuta fuisset aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur. Vnde cum ad hoc, ut eodem pretio res, quo datæ fuerunt, reddantur, peculiari conventione opus fuerit, omnino sequitur, alias necesse non esse, ut pretia, quibus res tempore dationis æstimabantur, refundantur, ac proinde spectandum esse tempus redditionis sive solutionis, *Cagnol. in l. 2. numer. 93. C. de pact. inter empt. & vend.* Confirmatur octavò: quia succedit atque surrogatur æstimatio in locum rei debitæ, *jur. praett.* eoque naturam eiusdem sortitur & imitatur, *d. l. si donatæ, §. si sponsus, ff. de don. int. vir. & uxor. l. filia, §. ult. ff. de cond. & dem.* Semper autem res eius temporis, quo solutio fit, præstatur, & quidem talis, qualis tunc temporis est, *l. si a substituto, in fin. l. si legati, l. legatum, §. functus, ff. de legat. 1.* Igitur eiusdem temporis etiam præstari debebit æstimatio. Nonò, quia per æstimationem nec plus nec minus consequi debet creditor, aut præstare debitor, quam ille consecuturus, hic soluturus esset præstatione rei: tum, quod rei debeat æquivalere æstimatio, nec minor aut maior esse, quam quanti res est, *l. tantum, ff. de verbor. signif.* proinde justa etiam veraq; perhibetur, *d. l. si donatæ, in princ. d. l. non dubium, §. ult. ff. de legat. 1. l. Titia, §. Sempronia, ff. de aur. & argen. legat. l. in lege Falc. §. corpora, ff. ad leg. Falc.* tum, quod æstimationi solvendæ ante moram locus est, vel ob supervenientem partium consensum, vel quia rem in obligationem deductam debitor aut omnino aut justo pretio comparare nequit, vel ob substantiæ sive materiæ quandam conformitatem, vel similes ob caussas, quibus id quidem efficitur, ut pro re æstimationem offerri vel exigi liceat, non etiam ut plus vel minus creditor accipiendo æstimationem consequatur, aut eandem soluendo debitor præstet, quam ipsius rei solutioni ille consecuturus, hic præstiturus fuisset, *l. si domus, §. qui confitetur, ff. de legat. 1. d. l. si donatæ, & concord.* Atqui si præstanda foret alia, quam quæ solutionis tempore viget æstimatio, procul dubio plus aut minus, creditor quidem consecuturus, debitor autem præstiturus esset, quam rei præstatione ille consequeretur, hic solueret, quia si rem ipsam debitor præstaret, creditor acciperet, non illud plus aut minus, quo æstimatio excesserit aut defecerit alio tempore, sed tantum illius bonis decederet, huius accederet, quanti solutionis tempore valet, sive quanti tunc distrahi potest, *l. in quantitate, §. magna, ff. ad leg. Falcid. l. tantum, ff. de verb. sign.* Quocirca eius demum temporis, quo solutio fit, æstimatio præstanda est, qua nec plus, nec minus, quam ipsius rei præstatione, creditor est consecuturus, debitor amissurus. Decimò, quia in proposito res ipsa est in obligatione,

æstima-

æstimatio vero duntaxat in facultate solvendi, ut in terminis tradunt, *Brun. de augm. monet. partic. 9. num. 5. Molin. de usur. q. 99. nu. 743. & seq. Ant. Fab. d. tract. de var. num. deb. solut. c. 21.* Tum, quod in dispositione sive conuentione solius rei, non æstimationis fiat mentio: tum, quod etiamsi quandoq; sit hæc etiam expressa, non tamen ideo æque principaliter sive alternative cum re in obligationem deducta censetur, nisi tale quid e verbis obligationis non obscure pateat: Quicquid autem est in facultate solvendi solum, non in obligatione, in eo inspicitur & consideratur tempus solutionis, non autem præviæ dispositionis sive conventionis, *Bartol. in l. in Paulus, num. 12. ff. de solut. Aretin. consil. 11. num. 3. Curt. de monet. num. 27. Brunus de augm. monet. partic. 6. nu. 4. & lim. 8. maxime num. 4. Anton. Fab. d. tr. c. 21. versic. generaliter enim. Menoch. consil. 606. num. 24. vol. 7.* Vndecimo: Quia æstimatio variationi nunquam non est obnoxia, cum indies augeri minuive soleat: Quoties autem variatio contingit in futurum circa rem solvendam, tunc dispositio quantumvis per verba præteriti vel præsentis temporis concepta, trahitur ad futurum, atq; ita solutionis tempus attenditur, *secundum Bartol. in l. si ita legatum, num. 3. vers. si vero, ff. de auro & arg. leg. per l. Mela, §. sed si alimenta, ff. de alim. lega. Herculan. in disput. 10 col. 23. vers. tertio fallit, Menoch. d. consil. 606. num. 22. vol. 7.* Deniq; duodecimò: quia nomen æstimationis videtur etiam esse generale, quippe cum æstimatio non minus, quam reditus, grex, & id genus alia diminutionem & augmentum identidem recipiat: Vbi vero solvenda venit hujusmodi res generalis, futurum solutionis tempus oportet attendere, *ut tradit Menoch. & interpretes ab eo longe śerit relati d. cons. 606. num. 21.*

2 Ampliatur hæc sententia primò, procedere, etiam in redemtione rei venditæ, sive retractu conventionali: Quamvis enim in contractu venditionis certum atq; determinatum fuerit pretium, quod pro re vendita præstitit emtor, nisi tamen pacto retrovenditionis peculiariter provisum fuerit, ut eodem pretio redimere venditori liceat, tenetur omnimodo retrahens venditor solvere, quanti retractus tempore valet res, etiamsi pretium venditionis conventum longe minus fuerit, prout etiam vicissim prior emtor eiusdem temporis pretium recipere, eoq; contentus esse tenetur, etiamsi pretium, quod vigore emtionis ipse pro re dedit, majus fuerit, *Anton. Burg. in c. ad nostram, in secundo casu, de emt. & vend. Hieron. Cagnol. in l. 2. nu. 93. ubi Lud. Gozadin. q. 17. n. 131. C. de pact. inter emt. & vend. Menoch. d. consil. 606. num. 28. & consil. 26. vol. 1. Natta consil. 601. num. 9. tom. 3. in quam sententiam Tiraq. de retract. conuen. §. 1. gl. 3. n. 2. citat etiam gl. in l. 1. verbo, non actus, & ibid. Salic. n. 4. C. quando lic. ab emt. reced. idq; in simili casu decisum fuit à consil. Neapolitano, ut refert, probatq; Afflict. decis. 278. num. 3. & 5. Sentit idem Tessaur. decis. 140. allegans textum l. penult. C. de solut.* Confirmatur autem non tantum per fundamenta principalis conclusionis, verum etjam ultra ea primo *per l. cum quasi, §. si plures, & l. seq. §. sin autem certo, ff. de fideic. lib. & inprimis per l. si fidejussor, §. meminisse, ff. de legat. 1.* ubi simpliciter damnatus sive obstrictus ad vendendum alteri rem suam, non tenetur eo pretio vendere, quo vel ipse vel antecessor eius rem comparauit, sed vero, quanti scilicet communiter ea res tunc valet, *l. si seruum, ff. ad leg. Aquil. l. pretia rer. ff. ad leg. Falc.* idemq; nominatim in eo qui promisit vendere, asseruit *Bald. in l. 1. num. 28. C. commun. de leg.* Pacto autem de revendendo nihil aliud agitur, quam ut emtor consentiens obstringatur ad vendendum paciscenti venditori: Quocirca cum simpliciter citra assignationem certi pretij conventi sit obstrictus ad vendendum, non eo, quo rem comparauit ipse, sed quod revenditionis tempore justum & verum

rum esse dignoscitur, pretio vendere tenebitur, *facit l. 3. §. Diui, ff. de iure fisi.* Secundo: Quia in contractibus æqualitas inter contrahentes, quoad eius fieri potest, servanda est, nec ab ea facile recedendum, nisi quatenus ipsi conventione sua inæqualitatem induxerunt, *l. Julianus, §. si quis colludente, ff. de act. emt. Crauett. consil. 245. num. 7. volum. 2.* At si pactum de revendendo simpliciter initum induceret necessitatem reuendendi eodem pretio, magna resultaret citra conventionem partium inæqualitas inter emtorem & venditorem, quia si postea res minoris valeret, venditor, cuius in facultate positum est, redimere vel non redimere, procul dubio non redimeret, cum nemo præsumatur jactare suum, *l. cum de indebito, ff. de probat.* Sin autem pluris illam valere contingeret, omnino redemturus esset, cum e diverso emtor ad revendendum obstrictus non absque detrimento suo rem quidem carius emtam pro tanto pretio retinere, viliore autem pretio comparatam redimenti eodem pretio revendere teneretur: Hoc vero cum nec juri, nec æquitati sit consentaneum, utique non eodem pretio revenditionem fieri necesse est, ut in casu non multum dissimili argumentantur etiam *Cagnol. in d. l. 2. quæst. 59. numer. 190. & Menoch. d. consil. 605. num. 14. & 15.* Tertiò: quia cum in pacto de revendendo sit ambiguum, quod in revenditione pretium præstari debeat, pactum illud contra venditorem potius interpretandum, quam contra emtorem, *per regulam l. in contrahenda, ubi Dd. ff. de regul. jur.* Apparet autem ex præcedentibus, pro venditore quidem contra emtorem istius pacti interpretationem fieri, si de certo pretio convento accipiatur, pro emtore autem contra venditorem ita demum, si de pretio justo temporis, quo revenditur, intelligatur: Hæc igitur posterior interpretatio de pretio vero, quod est tempore revenditionis, in dubio præferenda erit. Quarto: quia aliud est, teneri vendere, aliud, teneri certo pretio vendere: hoc enim posterius duo continet, ut & vendat, & tanti vendat, quanti vendere obstrictus est, *l. Celsus, §. idem ait, ff. de recept. arb.* Quamvis ergo promiserit emtor venditori rursus vendere, neutiquam tamen inde sequitur, eum teneri eo ipso pretio, quo comparauit, vendere, *l. neq; natales, C. de probat. l. ultim. ff. de calumn.* cum præsertim quæratur hic de obligando, ubi propentiores esse debemus ad negandum, cum habeamus occasionem ex eo, quia dictum non fuit, ut eodem pretio revenderetur, *l. Arrianus, ff. de act. & obligat.* eaq; semper in dubio interpretatio præferenda, qua dispositio minus obligat, *l. quicquid astringendæ, ibi Bartol. & Dd. ff. de verb. oblig. Dec. consil. 428. nu. 8.* Quinto, quia pactum retrovendendi est exorbitans, jeriq; communi, quo rem suam nemo tenetur invitus alicui vendere, derogat, ut proinde non modo, quantum fieri potest, strictò sit interpretandum, & consequenter eo non extendendum, ut eodem pretio revenditionem fieri oporteat, sed & multo minus præsumendum sit, partes ultra illud etiam sensisse, de eodem pretio, eaq; ratione duo specialia contra jus commune pariter inducere voluisse, *l. 1. & ibi not. C. de dotis prom. ff.* vel eo maxime, cum casus omissus, ut in proposito prouisio de pretio venditionis, sub dispositione juris communis, quo certũ est, quem nõ teneri eo, quo acquisiuit, sed justo pretio vendere, remaneat, *l. post dotem, ff. solut. matr. l. commodissime, ubi Dd. ff de lib. & post. Dec. conf. 480. nu. 7.* Sexto: Quia cum in dubio intelligitur actum de pretio, quod est tempore redemtionis, consulitur utriq; parti, neutriq; interpretatio huiusmodi onerosa esse potest: Certe non venditori, cui libera remanet facultas redimendi vel non redimendi, ut proinde si res redimenda minus hodie valeat, minore pretio possit illam recuperare, quam

quam ipse pro ea prius acceperit, ac proinde residuum pretij conventi lucretur: contra si plus hodie valeat, abstinere licebit à redimenda re semel rite vendita, nec invitus compelli poterit ad emendum cariore precio, quam prius ipse vendiderit: Multo minus emtori, cui potius hac ratione prospicitur in vtrumq; casum, sive decrescat æstimatio rei, ut quocunq; tempore contingat redimi rem, tantundem pro ea sit consecuturus, quanti tunc valebit, quantive posit aliam eiusdem bonitatis tunc comparare: Sive crescat, rem longe pluris valentem vel pristino venditori, vel eo renuente, si velit, cuivis alij vendere pretio justo quidem, sed majore, quam ipse pro ea dederit, posit: Constat autem pactis atque dispositionibus eam semper interpretationem adhibendam esse, quæ neutri parti sit onerosa, *l. 1. in fin. ubi Dd. maxime Castr. ff. si quis caut.* & per quam vtriq; partium consulatur, & vtriq; casui satisfiat, *l. adoptivus, §. 1. ff. de ritu nupt. traduntq; post Bald. & Castr. Cravetta consil. 201. num. 16. Menoch. consil. 494. num. 23. vol. 5.* Septimo: Quia juris indubitati, perfecta venditione commodum & damnum emtoris esse, non venditoris, *§. cum autem, inst. de emt. cum concord.* Huic naturæ contractus quoniam partes pacto retrovenditionis non specialiter derogarunt, consequitur, emolumentum valoris adaucti emtori cedere, pariter etiam detrimentum valoris diminuti ad eundem pertinere, ac proinde in revenditione præsentem rei æstimationem esse attendendam & præstandam, non pretium, quo fuit
5 antea distracta. Cumq; † rationes adductæ peræque militent, sive pactum de retrouendendo fuerit initum ex certo tempore, sive ad certum vsq; tempus, sive sub conditione, sive ad certam conditionem, sive citra temporis aut conditionis appositionem, adeoq; firmiter etiam obtineant, sive revendere teneatur emtor, quandocunq; redimere voluerit venditor, sive tunc demũ, quando emtor aliàs rem distracturus est: manifestum pariter est, omnibus hisce casibus æstimationem ad tempus revenditionis esse referendam, ut ut pactum
diversimode fuerit conceptum. Id † 4
saltem controversum, utrum emtor justo pretio, quantum in rei veritate sive communiter ea res tunc valet, venditori revendere teneatur, cum tertius aliquis plus justo pretio pro re daturus est, puta, si res decem valeat, quæ pristinus venditor offerat, tertio quopiam duodecim offerente, an vero venditor, si præferri velit, duodecim præstare teneatur? Et quidem sufficere justum pretium, nec esse necesse, tantundem offerri, quantum alius præstiturus est, censuit *Angel. in l. qui Roma, §. coharedes, quem ex parte sequitur ibi Raph. Cum. & Castr. ff. de verbor. oblig. Hieron. Gabr. consil. 147. num. 3.* ac textus & fundamenta, quibus hæc sententia nititur, late recensent *Ias. in d. §. coharedes, num. 24. 25. 26. & 27. & Tiraquel. de retr. consan. §. 3. gl. 18. num. 1. 2. 3.* Contrarium vero tenuit *Joan. And. ad Speculat. t. de emt. & ven. §. nunc dicendum, vers. sed pone. Bald. in l. 2. num. 63. C. de resc. vend. Salic. in l. dudum, num. 4. C. de contrah. emt. Fr. Aret. in d. l. si fidejussor, §. meminisse, num. 4. ff. de legat. 1. & in d. l. qui Roma, §. coharedes, num. 13. ubi Doncll. num. 4. Tiraq. de retr. gentil. §. 1. gl. 18. num. 4. & 5. Aurel. Corbulus de jure emphyt. c. 14. q. 2. nu. 1. 2. & 3. & peculiariter in terminis nostris Cagnol. in d. l. 2. num. 94. & 95.* cuius etiam sententiæ textus ac rationes adducunt *Jas. & Tiraq. locis modo rel.* Sed advertendum, quæ pro sententia posteriore de soluendo maiore, quod ab alijs offertur, pretio, adducuntur, si probe ponderentur, nihil amplius evincere, quam eum, cui præ alijs rem vendere quis promisit, si præferri velit, quantum pretium revera potest ab alijs accipi, soluere teneri, prout etiam tali de casu demum loqui sentireq; videntur plures interpretum pro ea allegatorum, præsertim *Bald. Franc. Aret. & Corbul. loc. rel.* Etenim

l. ult.

l. ult. C. de jure emphyt. & c. potuit, de locat. quibus illa sententia potissimum fulcitur, neutiquam damnant emphyteutam, ut soli domino vendat, imo nec ei necessitatem imponunt distrahendi rem, sed si sit alias distracturus præcipiunt, ut domino præ cœteris eandem emturis vendat, dum scilicet, quantū ab alijs offertur, tantundem soluat. Simile quid reperire licet *in l. penult. & ult. C. de locat. præd. ciuil. lib. 11.* quibus unice moueri videtur *Aretin. & in c. 1. §. sed etiam per quos fiat inuest.* cum in illis saltem disponatur, ut pristino potius conductori volenti reconducere, prædia ciuilia denuo locentur, quam alij, modo tantū det, quantum obtulit alius: in hoc commemoretur, vasallo ne quidem secundū antiquam consuetudinem permitti feudum alij vendere, nisi agnato proximiori pro æquali pretio accipere volenti. Text9 autem *c. 1. §. porro, qualiter olim feu. alie. pot. & d. §. sed etiam, vers. tunc enim,* prout etiam rationes ex eo, quod qui noviter a distrahente rem acquisiuit, indemnis est seruandus, deductæ in terminis á proposito nostro maximé diuersis loquuntur & procedunt, quando scilicet vasallus accepto pretio feudum in alium transtulit, & agnatus ab acquisitore nouo illud retrahit: adeoque saltem probant, huiusmodi acquisitori tantundem esse à retrahente offerendum, quantum pro re dedit, ut inde nihil ad eum, qui alteri sese obstrinxit ad reuendendum, quodque ab alijs consequi reuera posset, pretium solui sibi desiderat, inferri firmiter queat. Porro *in l. in fundo, ff. de rei vend.* non dicitur, quantum habiturus esset illis rebus alteri venditis, eoq; nec est necesse, intelligi pretium, quod ab alijs offertur, justoq; maius esse potest, sed quantum habiturus esset his rebus ablatis: tantum vero quisq; habere dignoscitur, quanti res communiter valet, *l. si seruum, ff. ad leg. Aquil. l. pretia rer. ff. ad leg. Falc.* Sed & *l. si seruus, ibi, quanti emtorem inuenerit, ff. de condict. furt. & l. si quis vxori, in fin. ff. de furt.* non magis ad rem faciunt, quam cœteri textus juris nostri passim extantes, quibus tanti res perhibetur æstimanda, quanti vendi potest: his enim si probaretur, plus justo pretio solvendum esse, quando tantundem ab alio quopiam accipi posset, sequeretur, ad æstimationem siue pretium commune vel nunquam recurri, vel tum demum, cum eiusmodi casus existit, quo plus communi pretio à nemine posset haberi: quod absurdum videtur, & juribus illis minime consentaneum, cum præsertim nihil sit usitatius, quam vel minoris vendi rem, vel pluris emi, quam communiter siue in rei veritate valeat, *l. alienus, ff. ad leg. Falcid. l. ad rescindendam, l. si ex voluntate, l. quisquis, C. de rescin. vend.* Observandum igitur, jura illa loqui non eo de pretio, quod vel ignorantia veri valoris, ut sæpius usu venit, lapsus, aut nimia rei cupiditate incitatus, aut alia ratione motus quispiam soluturus esset: sed quo diligens quisque paterfamilias rem emturus, aut si venalem haberet, venditurus esset, siue quanti res omnibus valet, vendique communiter potest: *ut sensere Dd. in d. l. pretia rer. ff. ad leg. Falcid. & in l. 2. C. de rescin. vend. Gail. de pignorationib. obseru. 18. num. 8. & 9.* Idq; non hinc tantum dilucide apparet, quia pluris emturum quē non præsumitur, quam res communiter eo tēpore locoq; valet, emiq; potest, cum nemo præsumatur jactare suum, quod fieret, pluris emendo, quam quilibet alius comparaturus esset, verum etiam quia jura illa manifeste in hunc modum declarantur, cum per leges justi seu veri pretij præstationem siue computationem præcipientes, quarum propemodum innumeræ sunt: tales enim cum ut plurimum ijs de casibus agant, quibus alibi perhibetur, tanti res valere, quanti vendi possunt, necesse est, eam intelligi emtionem seu venditionem, quæ justo veroque pretio, non pluris contracta sit: tum vero maxime *per l. si seruum, ff. ad leg. Aquil. & l. pretia rerum, ff. ad leg. Falcid.* ubi ex pro-

fesso deciditur, pretia rerum communiter fungi, & unamquamq; rem tanti valere, non quanti posit huic aut illi vendi, sed quanti communiter distrahi queat: ut proinde, cum in alijs juris nostri locis ex eo, quanti vendi potest, pretium jubetur æstimari, non id ita sit accipiendum, quasi pretium rei ex arbitrio licitatoris animosi dependere debeat, sed quod judex aut alius æstimator cum primis attendere, quantum verisimiliter quisq; pro re, si venalis exponeretur, daturus esset, atq; ita commune rei pretium, quod verum justumq; nuncupatur, sollicite investigare teneatur, *jur. præcit.* Nam quod nonnulli asserunt, justum esse rei pretium, quod ab alijs offertur, id si de pretio, quo rem quisque comparaturus esset, sive quo communiter emi solet, intelligatur, verum quidem est, sed nihil sententiæ posteriori patrocinatur: Sin de eo, quod ab hoc tantum, aut illo possessor consequi fortasse posit, admitti quidem potest, respectu offerentis huiusmodi pretium, aliquo modo justum dici posse, quatenus ille spontanea oblatione consensuq; non minus quam is, cui obtulit, illud pro justo agnouit, & approbauit, simpliciter tamen justum perhiberi vix potest, *Franc. Aretin. in d. §. cohæredes, numer. 13. Petr. Greg. in syntagm. lib. 26. c. 22. in princ. Franc. Viu. lib. 1. decis. 70. num. 1.* & luculenter apparet ex legibus, quibus verum sive justum pretium è diametro velut opponitur ei pretio, quod emtor soluit, aut licitator obtulit, *l. 2. l. si voluntate, l. quisquis, C. de rescin. vendit. l. ad officium, versic. maxime, C. commun. diuid. l. si res æstimata, § si mulier, ff. de jure dot. l. si à patre. §. si prædo. ff. de petitio. hæred. c. cum dilecti, c. cum caussa, de emt. & vend. & inprimis per l. alienus, ff. ad legem Falcid.* ubi non modo pretium communi æstimatione maius ab hærede solutum, Iauolenus quam maxime discernit à pretio vero, & consequenter justo (justum enim & verum æqualiter pretio attribuuntur, cumq; de eo dicuntur, promiscue usurpari videntur, *d. l. 2. C. de rescin. vend. l. communi, 7. §. inter eos, juncta l. item, §. ult. ff. comm. diuid.*) sed ne quidem pretij nomine dignatur, quod hæres ultra communem æstimationem soluit. Addunt, eum qui vigore juris sibi competentis plus offerentibus præferri velit, tantundem solvere debere, cum, quod abunde sufficiat, eum exclusis alijs æquale pretium soluturis voti solum fieri compotem: tum, ne distrahens alioqui remaneat in damno, qui plus consequi potuisset. Sed hoc quoq; solummodo concernit eum casum, quando possessor distracturus uni rem præ alijs vendere tenetur, cum si citra respectum ad alios simpliciter alicui foret obstrictus ad vendendum, neutiquam sufficeret, eum huic præ alijs vendere paratum esse, nisi vendat etiam justo pretio, *l. si fidejussor, §. meminisse, ff. de lega. 1.* nec conqueri de damno posset, qui sibimetipsi necessitatem distrahendi justo pretio imposuisset simpliciter & indistincte astringendo sese per pactum de retrovendendo, non autem restringendo illud ad jus prælationis, aut aliter determinando pretium.

5 Quæ † cum ita sint, consequitur, posteriori sententiæ de pretio solvendo, quod ab alijs offertur, tunc quidem omnimodo locum esse, quando pactum retrouendendi comparatiue siue cum respectu ad alios, conceptum fuit, ut emtor pristino venditori præ alijs rem vendere teneatur: Etenim cum respexerint contrahentes ad plures, quibus vendi posset, & inter plures ita comparatum sit, ut alij quidem plus, alij minus offerant, isq; rem obtineat, qui cœteros licitando superauit, *auth. hoc jus porrectum, & ibi not. per Dd. C. de sacros. Eccles.* utique pariter etiam respexerunt ad pretium, quantum habere posset re pluribus ad licitandum exposita, ac proinde prælationi non aliter locum esse voluerunt, nisi quantum ab alijs reuera potest accipi, præstetur, *d. l. ultim. C. de jure emphyt.* ubi particula *revera* bis adijcitur, ad ex-

ad excludendam fraudem ex parte distrahentis & extranei licitatoris nonnunquam interuenientem, ad eludendum sive interuertendum jus alterius, aut extorquendum ei pretium immoderatum: hæc enim quoties detegitur aut apparet, procul dubio non attendetur pretium a licitante simulatè oblatum, potius ad justum rei precium recurretur, *Dd. in d. l. ultim. & in d. c. 1. §. sed etiam, per quos fiat inuest. & in d. c. 1. §. porro, qual. olim feud. alien. Bald. in l. 2. in fin. C. de rescin. vend. Aretin. post alios in l. qui Roma §. coharedes, nu. 13. ubi Ias. num. 29. ff. de verbor. oblig. Cagnol. in d. l. 2. num. 95. C. de pact. int. emt. Tiraquell. d. §. 1. gl. 18. num. 5. Hartman. Pistor. lib. 2. q. 12. num. 13.* Cœterum quando revenditio simpliciter & indistinctè citra respectum ad alios promissa fuit, Angeli sententia potius amplectenda videtur, prout eandem tali demum casu sequuntur *Raph. Cuman. in d. §. coharedes, & ibid. Castrens. num. 4. Alex. n. 11. & 12. Zas. n. 4. Iason n. 30. qui pro hac sententia citat etiam Joan. ab Imol. paulo aliter ibi distinguentem, Ripa in l. 1. circa fin. ff. de priuil. cred. Gabr. consil. 147. numer. 3.* tum, per *d. l. si fidejussor, §. meminisse, ff. de legat. 1.* ubi similiter obstrictus sive damnatus ad vendendum tenetur vendere vero pretio: Constat autem, pretiū, quod ab alijs offertur, sæpissime verum precium superare vel excedere, *per tex. d. l. alienum, ff. ad leg. Falcid.* Non igitur desiderare jure potest, ut sibi præstetur pretium, quod ab alijs offertur. Ad idem inducit *Aretin. in d. §. coharedes, num. 13. tex. l. 1. C. de metall. lib. 11.* Tum, quia non modo manifesta subest hic diuersitatis ratio, cum contrahentes non ad alios, eoque nec ad pretium ab eis offerendum habuerint respectum, sed & textus & fundamenta sententiæ posterioris in huiusmodi casu minime militant, ut ex modo dictis abunde liquet: Vnde cum sit regulare, pretia rerum, quæ communiter vigent, spectari oportere, quocunq; casu aliud pretium esse attendendum, non disponitur, *l. si seruum, ff. ad leg. Aquil. l. pretia rer. ff. ad leg. Falc. l. cum quasi, §. si plures, cum l. seq. §. sin autem, ff. de si cen. libert. l. ideo, ff. de eo quod certo loc. l. 3. §. si per vend. ff. de act. emti, cum simil.* non immerito in proposito standum erit Angeli sententiæ *per l. 1. & ibi not. ff. de reg. jur.*

6 Ampl. 2. ut etiam in obligatione annua, quoties pro re debita præstatur æstimatio, unumquodq; tempus, quo citra moram soluitur, attendendum sit: Sive enim singulis annis singulæ subsint obligationes, ut in his, quæ dependent ex ultima voluntate, *l. si in singulos, l. cum in annos, ff. de ann. lega.* cum unaquæq; obligatio suam habeat solutionem, manifestum est, ex confirmatione conclusionis nostræ tempus cuiusque solutionis obligationi suæ satisfacientis quoad æstimationem esse spectandum: sive subsit una tantum, cuius solutio singulos in annos collata sit, atq; distributa, *l. si Stichum, §. stipulatio, ff. de verbor. oblig.* nihil caussæ est, cur diversum obtineat, sed potius idem jus ratio summa suadet, cum quæ de solutione totius debiti jure nostro disposita reperiuntur, in partis cuiusq; solutione similiter obseruanda sint, *l. quæ de tota, ff. de rei vend.* prout etiam fundamenta principalis conclusionis hic peræque militant.
7 Præscriptione † tamen aliud induci posset, *ut in terminis est text. not. in c. olim caussam de censib.* ubi qui tres tantum Lucenses denarios pro singulis denarijs Papiensibus aliquandiu soluerant, condemnātur ad solutionem denariorum Papiensium, vel congruam & integram eorundem æstimationem, ea de caussa, quia non nisi 36. annorum tempus effluxerat, ex quo tres Lucenses pro uno Papiensi solui cœperunt, ac proinde præscriptio contra Ecclesiam quadragenaria nondum completa erat. Quatenus autem, & quomodo, quantoue tempore præscribatur annuæ præstationi, quia non est materia nostra, latioremque tractationem desiderat,

quam huic extensioni conueniat, in præsentia non prosequimur. Videantur pro resolutione huius articuli *Dd. in l. si certis annis, C. de pact. & in l. cum de in rem verso, ff. de usur. & in l. aduersus, C. de usur. nec non in l. cum notissimi, C. de præscript. Bart. & alij in l. de pupillo, §. si plurib. ff. de noui oper. nunc. & in l. si prius, in pr. ff. de aq. plu. arc. Panorm. & reliqui in c. auditis, de præscr. & in d. c. olim causam, Fulgos. cons. 164. Aret. consil. 112. consideratis, Ias. consil. 7. ante fin. lib. 1. Signorol. cons. 74. quæstio talis. Corn. cons. 22. & consil. 142. volu. 3. Schurfius consil. 10. cent. 1. Guid. Pap. quæst. 406. Aufrer. ad capel. Tholos. q. 342. Boer. decis. 336. Brun. de augm. mone. partic. 7. & lim. 4. per tot. ac per eum alleg. nec non consil. Collegij Papiens. illi tractatui subjunctum, Balbus de præscript. p. 4. quarta partis princip. q. 5. 6. 7. & 8. Cranet. de antiquit. temp. p. 4. q. 20. Couarr. in c. possessor, p. 2. §. 4. de reg. jur. in 6. Iacob. Venentus de annua præst. p. 2. VVurmser. practic. obseru. lib. 1. t. 44. de præscript. obseru. 5. Minsing. cent. 3. num. 13. Gail. lib. 2. obseru. 73. Antonin. Tessaur. decis. 114. Decian. consil. 2. num. 30. usq. ad num. 46. volum. 1. Pancirol. consil. 20. num. 28. & 31. & consil. 186. num. 6. & 7. Natt. consil. 127. num. 7. 8. consil. 191. num. 6. tom. 1.*

8 Ampl. 3. Etiamsi fuerit actum, ut liceat aliquando pro re in obligationem deducta, vel etiam vigore obligationis tradita, quiddam æquivalens præstare vel offerre: Etenim æquivalentia vnius rei ad alteram æstimanda erit, non ex tempore dispositionis sive conventionis, aut subsecutæ traditionis, sed ex eo ipso tempore, quo pro re præstabitur aut offeretur æquivalens, ut egregie respondit, pluribusq; fundamentis defendit *Menoch. consil. 606. ferme per tot. lib. 7.*

9 Ampl. 4. Etiamsi propter intrinsecam rei bonitatem sine industria vel impensis eius, qui æstimationem soluturus est, adauctam, vel sine culpa eiusdem diminutam, valor creuerit aut decreuerit, nihilominus id tempus, quo pro resoluetur æstimatio, quo ad rei valorem erit attendendum, *ut sensit Bald. in l. 1. num. 6. C. de peric. & comm. rei vend. Brun. de augm. rebusq; additis, conclus. 5. num. 22. versic. quinto. Cagnol. in l. 2. num. 190. ubi Gozad. nu. 180. C. de pact. inter emt. & vend. Menoch. d. consil. 606. numer. 16. Tessaur. decis. 140. Andr. Fachineus lib. 2. controu. juris, c. 6. dicens* veram & communem. Probatur primò, per leges antea sub initium huius exercitationis ponderatas, in quibus cum neutiquam distinguatur, utrum propter, an citra bonitatis intrinsecæ mutationem rei valor adauctus fuerit aut imminutus, non minus in uno, quam altero casu tempus solutionis esse spectandum, per easdem omnino evincitur, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præstan.* Secundò, per tex. *l. fundum, ff. de nouat.* ubi fundo meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris, non eam, quæ tempore stipulationis fuerit, sed præsentem, hoc est, eius temporis, quo petitur, quove cum frustratio non intervenit, etiam solvitur, considerari æstimationem oportere ICtus asserit: tunc vero vel maxime res dicitur fieri melior vel deterior, cum bonitas eius intrinseca mutatur. *l. penultim. ff. de condict. trit. l. impensæ, §. 1. ff. de verbor. significationib. cum simılib.* Tertio, quia talis est præstanda res certa, (ei namque, non generi congruit hæc extensio) qualis est, cum dari debet, & consequenter in ea bonitate intrinseca, quam tunc obtinet, *l. si à substituto, §. ultim. cum l. seq. l. si legati, ff. de legat. 1.* Igitur etjam æstimatio, quoties pro re solvenda venit, talis tantaque præstari debet, qualis & quanta tunc est, ac per consequens adauctæ vel diminutæ bonitatis intrinsecæ, propter quam valor ipse crevit aut decreuit, habenda ratio. Quartò: quia quoties pro re debita solvere pretium licet, justum est solvendum, *l. si donatæ, in pr. ff. de donat. inter vir. & vx. l. non dubium, §. ultim. ff. de legat. & concord.*

Iustum

Iustum autem rei precium constituitur ex præsentis, quo scilicet soluitur, temporis æstimatione, quæ potissimum ex adaucta vel diminuta bonitate intrinseca dependet, *l. 3. §. Diui, ff. de jure fisci.* Quinto: quia sive is, cui pro re soluitur æstimatio, sit ipsius rei dominus, cum bonitas eius intrinseca minuitur vel augetur, puta, si sit in eum translata cum pacto de reuendendo, augmentum atq; decrementum bonitatis tam intrinsecæ quam extrinsecæ, non ad alterum, qui æstimationem pro re soluturus est, sed ad ipsum rei dominum jure merito pertinet, *l. adeo, §. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. plerumq., ff. de jure dot. l. cum dotem, C. d. t. l. pignus, C. de pignor. act.* Siue dominus rei non sit, sed alterum ad præstandam rem obstrictum habeat, certe sicut non est æquum, nec juri consentaneum, teneri debitorem ob id, quod res citra moram culpamue suam sit facta deterior, *l. cum res, §. itaq. ff. de legat. 1. l. si ex legati, l. si Stichum, l. si certos, l. si seruum, ff. de verbor. oblig.* ita nec æquitati, nec juri congruere videtur, eum lucrari commodum adauctæ citra ipsius industriam, factum aut impensas bonitatis intrinsecæ, *argum. c. qui sentit, de regul. jur. in 6. & est text. in l. id quod post, ff. de peric. & commun. rei vend. & in l. 1. C. d. t.* quod tamen omnino fieret, si æstimationem minorem, quæ fuisset antea, soluere, commodumq; bonitatis intrinsecæ citra factum suum superveniens deducere posset.

10 Ampl. 5. procedere tam in obligatione generis, *ut est text. in l. cum certum, ff. de auro & arg. lega.* quam rei certæ siue speciei, *l. si donata, ff. de don. int. vir. & vx. l. qui concubinam, §. ult. ff. de legat. 3.* prout etiam fundamenta conclusionis ex æquo utrobique militant.

11 Ampl. 6. in casu euictionis, quo etsi emtor aduersus venditorem non ad æstimationem euictæ rei, sed ad pretium pro ea datum, ac si quid amplius eius interfit, agat, *l. Titius, in fin. vers. non enim, ff. de act. emt. l. si fun.o, in princ. l. euicta re, 70. l. si plus, in princ. ff. de euict. l. sup r emit, C. d. t. tradit q. post alios Mol. n. ad l. unic. q. 2. num. 65. C. de sent. quæ pro eo quod int.* tum, ne partes fatigentur onere probandi, quanti res tempore venditionis communiter valuerit, tum vero maxime, quia cum uterq; contrahentium eo pretio rem tunc temporis æstimauerit, idq; tunc agnouerit, & hæc usq; censuerit esse justum, neuter euictionis tempore legi conventionis contravenire, pretiumq; fuisse injustum conqueri, nedum illo prætextu quicquam pretio reddendo deducere, vel ipsius additamentũ exigere jure potest: & hinc † Molinæus *loc. præcit.* existimet, ha- 12
ctenus quidem respectum haberi ad æstimationem rei, quanto melior aut deterior est, cum evincitur, quam tempore venditionis initę, ut id quod emtoris interest, rem non evictam esse, augmentum inde vel diminutionem recipiat: ubi autem de restitutione pretij siue in totum, sive pro rata ipsius parte tantum agitur, quia nempe ultra illud creditoris nihil interest, non inspici secutum augmentum vel decrementum bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ in evicta re, sed statum, qui erat tempore contractus, & appretiationem tunc factam, juxta *l. 1. & l. bonitatis, ff. de euict.* quia non sit justitiæ naturali consentaneum, venditorem, qui non fuerit dominus evictæ rei, nilq; juris habuerit, illâ quo ad partem, puta, dimidiam ante evictionem casu fortuito peremtâ, dimidiam partem pecuniæ emtoris cum jactura ipsius lucrari prætextu deteriorationis etiam casualis, & iniquum videatur, eum qui non est dominus, & alium decipit, versari in lucro, deceptum vero in damno, cum præsertim in simili videamus ita comparatum, ut venditore non tradente rem venditam, si deinceps ea pereat vel deterior fiat, nec præterea intersit emtoris, nihilominus hic pretium, quod pro re dedit, recuperare queat, *l. quod si nulla, ff. de hæred. vel act.*

vend. l. 1. in princ. ff. de act. emti. Ve-
13 rius † tamen est, etiam in repetitione solius pretij sive totius, sive pro rata partis evictæ portione respectum haberi oportere ad æstimationem rei, quanto melior aut deterior est, cum evincitur, quam tempore venditionis initæ, *uti sensit gl. in l. bonitatis, & in l. si cum venditor, §. ult. ff. de evict. cum qua Dd. utrobiq. transeunt. Albert. Brun. de augmento, conclus. 16. num. 12. & 21. & con l. 21. num. 2. Cuiac. ad African. tr. 8. in l. cum & forte, ff. de act. emt. Donell. in l si tibi, num. 6. C. de evict. Vincen. de Franch. p. 2. decis. 297. num. 1.* & omnes *gl. & Dd. huc usq. ita sensisse testatur Molin. ad d. l. un. quæst. 21 num. 69.* ac dilucide probatur hæc sententia primò, ex responso Pauli *in l. idq. Iulianum, in princ. ff. de act. emti*, asserentis, minui præstationem, si res deterior apud emtorem effecta sit, cum evincitur. Præstationem Paulus intelligit non aliam, nisi pretij, siquidem de augmento præstationis huius per id quod interest, in præcedentibus egerat, ut diminutionem, quam augmento æquiparat, ad idem objectum, pretij nempe præstationem esse relatam, necesse sit, *argum. l. ult. §. ult. ff. de legat. 3.* Secundò per *l. si cum venditor, §. ult. ff. de evict.* ubi predij, quod in hæreditaria divisione uni assignatum evincitur, melioris aut deterioris facti caussa, finem pretij, quo fuerat tempore divisionis æstimatum, diminuere vel excedere perhibetur: Si diminuit, certæ rei totius aut partis evictæ pretium integrum consequi minime poterit emtor, ut vana sit evasio Molinæi prætendentis, interesse modo augmentum & diminutionem recipere, cum Papinianus expressis verbis diminutionem ad ipsum pretium referat. Tertio per *l. evicta re, 70. ff. de evict.* qua decidit aperte Paulus, si res minoris esse cœperit antequam evincatur, damnum id emtoris esse: Non autem damnum esset emtoris, si pretium integrum pro evicta redatum sine ulla diminutione sive deductione reddendum esset. Quarto per *l. cum successores, C. de evict.* ubi venditores teneri perhibentur, quanti emtoris interest, rem evictam non esse, non quantum pretij nomine acceperunt: quibus verbis non id Impp. negant, quod ex alijs juribus tam clare patet, pretium nempe conventum, non communem, quæ tempore venditionis erat, æstimationem venire in id, quod emtoris interest, evictam non esse rem, *l. si fundo, juncta l. si cum venditor, §. ultim. ff. de evict.* Sed hoc duntaxat innuunt, pretium reperi non tam per sese, quatenus est pretium, quam quatenus venit in interesse, quod cum frequentius pretij finem excedat, nonnunquam diminuat, verissime dictum ab Impp. teneri venditores, quanti emtoris interest, non quantum pretij nomine dedit. Iam vero si res pluris valeat evictionis tempore, quam venditionis tempore valuit, planum est, emtoris ultra pretium datum etiam ratione augmenti supervenientis interesse tanti, quanto res evictionis tempore pluris valet, *argum. l. vendıtor hominis, l. evicta, 16. in princ. ff. de evict.* siquidem superveniens illud bonitatis aut extrinseci valoris augmentum habiturus esset, nisi per evictionem cum re fuisset ablatum. Quod si minoris res tum valet, quam tempore venditionis valuit, tanto minus emtoris interfit oportet, quanto minoris est res evictionis tempore, siquidem si nulla supervenisset evictio, non nisi rem tanto viliorem seu deteriorem habiturus fuisset: ac proinde non quantum pro evicta re dedit, ei reddi, sed supervenientis decrementi rationem haberi necesse est, *d. l. cum successores.* Quintò: Iuris est indubitati, ultra pretium evictionis nomine præstandum emtori etiam superveniens bonitatis aut valoris augmentum deberi, *d. l. venditor hominis, d. l. evicta, 16.* Atqui cuius est commodum crescentis æstimationis, ad eundem incommodum decrescentis æstimationis æque pertineat

tineat oportet, exigente sic regula juris etiam naturalis toties in legibus nostris reperta, & ad materiam evictionis nominatim applicata *in l. ex mille, ff. de euict.* Sextò: Quoties à tempore venditionis res minoris valere cœpit, sive propter intrinsecam rei bonitatem etiam sine culpa emtoris, eiusque familiæ imminutam id acciderit, sive salua rei bonitate manente duntaxat æstimatio rei decreuerit, ad emtorem hoc quicquid est incommodi pertinet ex natura emtionis, non ad venditorem, *§. cum autem, instit. de emt. & vend.* qui si pretium evictæ rei integrum, quod accepit, reddere teneretur, emtor ei resartionem eius damni extorqueret, quod ex dispositione juris ipse sustinere debebat: quod est absurdum; jurique contrarium, quo nihil certius, quam damni, quod ex dispositione ad aliquem pertinet, resartionem ab altero exigi nec posse nec debere, *l. ultim. C. de in int. rest. l. verum, §. sciendum, ff. de minorib.* Septimò: Quod non evincitur, nec emtori propter evictionem abest, eius pretium repetere nequit emtor, *l. si seruus venditus, cum similib. ff. de euict.* Quicquid autem ex re emta perijt ante evictionem, sive pars rei sive bonitas modo fuerit, evinci deinceps nec per sese, nec cum re principali potest, *l. si seru. §. si modus, ff. de emt.* nec emtori propter evictionem, sed ob culpam vel casum fortuitum abest: Quare nec eius pretium reperi poterit, sed integro de pretio deducendum erit. Octavò: Certissimum est, perfecta emtione venditorem de superveniente rei detrimento teneri nullatenus posse, nisi ob dolum, culpam, vel moram, *l. contractus, ff. de regul. jur. l. cum inter, l. ult. C. de peric. & com. rei vend.* Atqui supponitur hic, nec dolo, nec mora, nec culpa venditoris interveniente rem fuisse deteriorem factam priusquam evinceretur: Quo fit, ut detrimentum illud ei tam post, quam ante euictionem nocere nec possit, nec debeat, & consequenter integrum rei pretium reddere minime teneatur. Deniq; si propter evictionem rei deterioris effectę repetere liceret integrum pretium, sequeretur, emtori tum quoq;, cum ex incuria sive culpa sua detrimentum contigit, integrum rei deinceps evictæ rei pretium reddendum fore, prout admittit ultroq; fatetur *Molin. ipse ad d. l. un. q. 2. n. 69.* At consequens hoc est absurdum, & è diametro repugnat illi regulæ juris, qua damnum, quod quis propria culpa sentit, sibi non alijs imputare tenetur, *c. damnum, de regul. jur. in 6.* Nec † est justitiæ naturali contrarium, venditorem pretij partem 14
non lucrari quidem, sed retinere, cum si rei veritatem spectes, pretium ex onerosa caussa consecutus fuerit, satisq; damni sentiat, dum pretium pro eo quod evincitur, acceptum reddere cogitur: nec in damno, nisi quod juris tam naturalis quam civilis dispositione sustinet, remanet emtor, cui succurendum hactenus, ne venditori plus nimis alioqui grauato fiat injuria. Quod si venditor in dolo fuit, non id fraudi erit emtori, cui parata est actio in id, quod ipsius interest, dolum non esse adhibitum; *l. tenetur, §. si dolo, & §. ult. l. emtorem, in fin. l. seruus quem, §. si sciens, ff. de act. emt.* Quod vero non tradens rem venditam ea peremta vel deteriore facta nihilominus reddere cogitur integram æstimationem, etiamsi emtoris non interesset, ob moram venditoris euenit, propter quam ipsius, non emtoris periculo res interit ac deterior fit, *l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt. l. cum inter, & l. ult. C. de peric. & comm. rei ven.* Mora vero cum in casu euictionis desit, venditor evicta re non magis incommodū rei ante evictionem deterioris factę sustinere cogitur siue resarcire, quam venditor, per quem non stetit, quo minus traderet, *d. l. cum inter, C. de peric. & com. rei ven. cum concor.* Illud † potius obstare videtur, quod Pro- 15
culus & Paulus asserūt, bonitatis æstimationem faciendā, quæ fuisset venditionis tempore, *l. bonitatis, ff. de euict.*

Cuius quidem difficultatis tollendæ gratia, *gloss. & Dd. ibid. & in d. l. si cum venditor, § ult. ff. d. t. Brunus d. concl. 16. num. 21. Donell. in d. l. si tibi, num. 9. Vincen. de Franchis d. decis. 207. num. 1.* textum illum in actione exemto, in qua demum bonitatis & valoris adaucti vel diminuti sub tempus evictionis rationem haberi constat, procedere negant, & restringunt, ad actionem ex stipulatione duplæ, in qua nec augmenti nec decrementi ratio soler haberi, *l. ex mille, ubi gl. & Dd. ff. de euict. Cuiac. ad Afric. tr. 8. in d. l. cum & forte, ff. de act. emt.* sed inter partis ac totius evictionem distinguitur, ut evicta re tota vel parte indivisa, vel certa quidem, sed in quam certum pretium dictum est, pretium duplerur, alias æstimatio partis pro bonitate rei dupletur, *l. 1. l. si fundo, l. ex mille, ff. de euict.* quam quidem bonitatis æstimationem iustissima ratione Paulum ad tempus venditionis referre censent, quoniam actione ex stipulatione duplæ id petitur, quod in stipulationem deductum fuit, *d. l. si tibi, C. de euict.* deducta est autem dupla eius temporis, quo stipulatio interponebatur, *l. si filiusfam. ff. de verbor. oblig. l. fundum, ff. de nouat. Ita præ cæteris Donell. in d. l. si tibi, num. 9.* Quæ tamen conciliatio apprime dubia redditur, cùm ex eo, quia restrictio textus ad actionem ex stipulatione duplæ, non caret insolenti divinatione, quæ videtur eo vitiosior, quod in dubio, quoties iura dicunt, agi evictionis nomine, si aliud non exprimatur, nec ex materia subiecta colligatur, non tam de actione ex stipulatione duplæ, quæ est accidentalis & casualis, quam de actione ex emto, quæ est naturalis & perpetua actio evictionis, intelligenda sunt, *ut notat præ cæteris Molin. ad Lunic. q. 2. num. 69.* Tum, quod in *l. sed etsi quid, ff. de euict.* quam alioqui cum *d. l. bonitatus*, uno eodemq; contextu cohærentem, Tribonianus interiectione paucorum ex Vlpiano versorum, ab eadem diremit, Paulus augmenti alluuionis ex tempore, quo accedit, æstimandi meminit, quod cum non veniat in actionem ex stipulatu, *d. l. ex mille*, evidenter inde paret, eo loci Paulum cum primis de actione ex emto disserere: Tum, quod in ea supponitur, in evictione partis pro diviso, nisi certum in eam sit pretium constitutum, *l. si fundo, ff. de euictio.* communem illius valorem, qui tempore venditionis fuerit, & ex bonitate partis colligatur, esse præstandum sive duplandum, cum ex legibus hac de re loquentibus tale quid haudquaquam colligi possit, quippe nihil amplius assentientibus, quàm pro bonitate præstari evictionem, *d. l. ex mille, versic. cæterum*, sive pro bonitate dandum esse regressum, *l. 1. ff. de euict.* nec caussa sit, cur evicta quidem re tota vel parte pro indiviso, vel pro diviso quidem, sed habente certum pretium, valor, qui tempore venditionis fuerat communis, neutiquam præstetur, neq; dupletur, sed pretium conventum, at evicta parte pro diviso non habente certam pretij portionem à contrahentibus peculiariter præstitutam, recurrendum sit ad communem temporis venditionis æstimationem præstandam ac duplandam, cum tamen consideranti bonitatem evictæ partis, eamq; cum non evicta rite conferenti, non difficulter constare queat, quanta pretij portio pro evicta parte data censeri debeat. Verius † itaq; videtur tex. *d. l. bonitatis*, esse absq; restrictione accipiendum, & intelligendum etiam de actione ex emto, quæ cum intentatur post evictionem partis pro diviso, ideo bonitas illius partis, quæ tempore venditionis fuerit, peræque ut in actione ex stipulatu, æstimanda venit, quia rata pretij portio, quæ pro evicta parte data sit, quæq; reddenda venit, aliter dignosci sive depræhendi nequit, nisi respectus habeatur ad bonitatem, quam pars evicta tempore venditionis habuit, cum quanto melior ea rum fuit cœteris 16

par-

partibus, tanto maior pro ea pretij pars data videatur, & vicissim, quanto deterior alijs partibus ea tunc fuit, tanto minor pro ea pretij portio data censeri debeat, ut recte *Molin. ad d. l. unic. quæst. 2. numer. 67.* dixerit, respici bonitatem, quæ tempore venditionis fuerit, non ad finem faciendæ vel exigendæ æstimationis illius temporis, sed solum ad finem distributionis pretij conuenti & soluti inter partem evictam & non evictam, pro rata valoris illarum partium, qui fuit tempore conventionis. Depræhensa in hunc modum rata pretij portione, quæ pro evicta parte data censetur, tantoque maior aut minor est communi æstimatione, quam pars pro diviso evicta tempore venditionis habuit, quanto maius aut minus est integrum pretium communi valore, quem tota res tempore venditionis habuisse dignoscitur, succedit alterum, quod Paulus eo loci non attingit, nec tractat, utrum scilicet in actione ex emto, convento datoq; rei vel partis evictæ pretio deducendum sit decrementum, quod est evictionis tempore, quanto minus res vel pars evicta tunc valet, quam tempore venditionis valuit, & vicissim ultra pretium habenda sit ratio augmenti quoad valorem postea supervenientis, quanto plus evictionis tempore res vel pars evicta valet, quam tempore venditionis valuit? Hic utrobiq; decidendum, quod sic, uti colligere licet ex *l. idq. Julianum, ff. de actio. emt. l. venditor hominis, l. evicta, 10. in princ. l. si cum venditor, §. ultim. l. evicta, 70. ff. de evict. l. cum successores, C. d. t.* Et certe, sicut extra controversiam est, alias leges pretium evictæ rei conventum datumq; reddendum esse asserentes, *l. Titius, in fin. versic. non enim, ff. de act. emt. l. si fundo, in princ. l. si in venditione, l. evicta, 70. l. si plus, ff. de evict. l. super emti, C. d. tit.* neutiquam negare, decrementum bonitatis aut valoris, quod est evictionis tempore, pretio deduci posse, & è diverso augmentum addendum, esse quippe textibus juris nostri paulo ante relatis aperte dispositum: Ita nec Paulus *in d. l. bonitatis*, illius decrementi vel augmenti rationem habendam esse negat, dum non nisi pretij convenienter inter partem pro diviso evictam & non evictam distribuendi gratia bonitatis æstimationem faciendam ait, quæ fuisset venditionis tempore, non cum evinceretur. Sed † hac difficultate sublata emergit alia non levior ex *d. l. sed et si quid, ff. de evict.* 17 Ait enim Paulus, si quid postea alluuione accessit, tempus, quo accedit, inspiciendum: id quod nec actioni ex stipulatione duplæ congruit, in quam non venit augmentum, *l. ex mille, ff. de evict.* nec actioni ex emto, cum pretij dignoscendi, sive inter partem evictam & non evictam rite distribuendi caussa respectus habeatur ad bonitatem partis, quæ tempore venditionis fuerit, eaque ratio plane cesset in alluuionis augmento, pro quo pretium datum non fuit, insuper illud alluuionis augmentum procul dubio contineatur sub interesse, quod ex eo demum tempore, quo committitur ad illud obligatio, ut in proposito tempus evictionis est, æstimari solet, *l. si Calendis, ff. de re judic. l. qui autem, §. illud, ff. si quis cautio. l. ubi, §. is autem, ff. de eden.* Accursius ut hunc nodum solveret, duplicem ibi divinationem usurpavit: Restrinxit enim Pauli responsum ad actionem ex stipulatione duplæ, simulque finxit, augmentum superveniens ultra duplam pretij rei principalis nominatim in stipulationem deductum fuisse: quæ posterior divinatio videtur eo magis reprobanda, quia dupla loco interesse, sub quo alluuionis augmentum continetur, surrogatur, & in stipulationem deducitur, ut tradit post alios *Molin. ad l. un. q. 4. num. 108.* Melius hunc textum cæteris conciliari posse crediderim, si di-

ſi dicatur, in alluvionis augmento tempus, quo accedit, inſpiciendum, quia tempus venditionis aut evictionis in eo non licet attendere. Non venditionis, quia nec pretium pro illo augmento datum fuit, nec id tunc temporis extitit; Non etiam tempus evictionis, ne ſi pluris tunc valeat, quam acceſsionis tempore, detur acceſsionis acceſsio, cuius exactionem jus noſtrum non ſolet admittere, *l. neq. eorum, ff. de vſur. l. vlt. ff. de magiſtr. conuen. l. ſi. C. de vſur.* niſi juſtiſsima ſubſit admittendi cauſſa, puta, ſi alter eā indebite vel contra naturalem æquitatem lucraturus eſſet, aut per ipſum ſtetiſſet, quo minus acceſsionem acceſsionis alteri præſtandam perciperet, *l. Iulianus, §. idem Iulianus ait, ff. de rei vend. l. equis, 8. ff. de vſur.* qualem cauſſam in propoſito, vbi venditor, ad quem nihil ex augmento alluvionis peruenit, quicquid pro euicta re accepit, reddit, intervenire tantum abeſt, vt etiam exiguum illud incommodum, quod ſentire videtur emtor, dum vltra valorem augmenti alluvionis, qui tempore acceſsionis eſt, nihilo plus conſequi poteſt, etiamſi valor illius augmenti evictionis tempore adauctus repetiatur, abunde compenſetur, dum viciſsim ei nihil de ejuſdem augmenti valore, qui tempore acceſsionis eſt, detrahetur, etiamſi tempore evictionis diminutus fuerit, cum ubi valoris incrementum alicui non obuenit ſeu prodeſt, ei nec decrementum valoris obeſſe debeat, præſertim in materia evictionis. Hinc igitur fit, vt in alluvionis & ſimilibus augmentis rei corporalibus ſive connexis ſive ſeparatis, perfectionem tamen ſuā habentibus, contrà quàm in re principali vel potius ipſius pretio, & eo quod intereit, fieri ſolet, acceſsionis tempus inſpiciendum ſit, *d. l. ſedetſi quid.*

18 Limitanda verò † eadem concluſio primò: quando culpa eius, qui pro re debita æſtimationem ſoluturus eſt, intrinſeca rei bonitas imminuta fuit, eoque res minoris valere cæpit: tunc enim non ſufficit æſtimationem rei præſentem ſolui, ſed inſuper id etiam præſtetur oportet, quanto res deterior eſt effecta, *Albert. Brun. poſt alios in tr. de diminutione & deterior. concl. 20. num. 145.* cum per *l. ei qui, §. vlt. ff. de petit. hære. l. quod ſi nolit, §. idem ait, §. Pomp. ait, & §. culpam, ff. de ædil. edict. l. ſi conſtante, §. ſi maritus, l. in his rebus, ff. ſolut. matr. l. cum res, §. itaq. l. quid ergo, §. ſi hæres, cum §. ſeqq. l. ſi modo, ff. de lega. 1. l. mulier, §. ſed enim, ff. ad Trebell. l. ſi ſervum, ff. de verb. oblig. cum ſimil.* Tum, quod alioqui culpa ſua damnum impune inferret ei, cui pro re ſoluit æſtimationem, contra *l. non debet, ff. de regul. jur.* Secus † quando cul- 19
pa eius, cui ſoluitur æſtimatio, rei bonitas intrinſeca fuit imminuta: ei nāque ſufficit æſtimationem ſolui præſentem, non modo, quia damnum, quod ſua culpa ſentit, ſibi non aliis imputare debet, *c. damnum, de regu. jur. in 6.* cum ipſe ſibi potius, quam aliis detrimentum attuliſſe videatur, *l. legis Aquiliæ actio, cum l. ſeq. ff. ad leg. Aq.* verum etiam, quia debitorem ab eo, quanti res pluris antea fuit, culpa creditoris rem deteriorem efficientis liberari conſtat, *d. l. legis Aquiliæ.*

Limit. 2. quando † induſtria, 20
labore vel impenſis eius, qui æſtimationem ſoluturus eſt, rei bonitas intrinſeca fuit adaucta, eoque res effecta pretioſior: tunc enim in ipſius rei æſtimatione ineunda ante omnia æſtimatio laboris & impenſarum, quatenus & in quantum impendenti refundi ſive reſarciri jure noſtro debent, deducenda venit atq; compenſanda: *c. 1. de reſt. in int. l. intra utile, §. vendentibus, ff. de minor. l. in fundo, l. emtor, l. ſumtus, ff. de rei vend. l. dominum, C. d. tit. l. ſi mortis cauſſa, ff. de mort. cauſ. donat. l. impenſa, de verb. ſign. & t. t. ff. de imp. in res dot. vbiq; Dd. ſatisq; patet ex his, quæ poſt alios, quos allegant luculenter tradiderunt Molin. ad conſuet. Pariſ. §. 1. gl. 5. Schrader. in tr. feud. p. 2. nona part. princ. q. 7. Menoch. de recuperanda poſſ. remed. 15. n. 502. cum multis ſeqq. Tiraq. de retr. conuent. §. 7. gl. 1.*

gl. 1. Hart. Pist. lib. 2. q. 42. Nec obscura limitationis ratio: Quod enim is cui præstanda res est, impendenti resarcire debuisset, si res ipsa fuisset ei præstita, idem eundem procul dubio resarcire impendenti necesse est, tum quoq; cum rei loco præstatur æstimatio, quippe per quam tantundem in effectu consequitur, de qua idem quod de re ipsa iudicium; quandoquidem rei surrogatur & æquiualet, eam repræsentat; nec magis accipientem, quam res ipsa, potis est a resartione immunem reddere sive liberare, *arg. l. si & rem ff. de petit. her.* Quicquid autē soluenti æstimationem ab eo cui solvitur, est resarciendum, id ipse cum æstimatione rei, soluenda sine dubio recte compensat, *l. fin. & t. t. C. de compens. & ff. eod.* Accedit, quod alioqui melioris conditionis esset negligens, qui remaneret expers omnis damni, qua industrius, qui operam & pecuniam perderet, quod absurdum fuerit, *l. vlt. C. depos. l. vlt. C. de alluu. l. pupillus, ff. quæ in fraud. cred. l. non solet, cum l. seq. ubi Cagnol. & aly, ff. de regu. jur.* adeoque cum jactura impendentis non mediocri locupletaretur is, cui soluitur æstimatio, quod peræque videtur absurdum, *l. nam hoc natura, ff. de condic. indeb. l. jure naturæ, ff. de regul. jur.*
21 Sed † etsi in rem alteri præstandam non is, qui præstare tenetur, sed tertius aliquis bona fide impendat, quia forte dominus est ipsius rei, vel eandem bona fide possidet, æstimationem loco rei soluturus tantum de præsenti æstimatione rei procul dubio deducere poterit, quanto res propter adauctam per tertium bonitatem intrinsecam melior sive pretiosior est effecta: tum, 1. per *d. l. in fundo. l. Titius, §. vlt. & l. idq; Iulianum, §. 1. ff. de action. empti, cum similibus.* Tum, 2. quia cum debitor ipse rem ad alium transituram fecit meliorem, neutiquam consequitur creditor integram rei æstimationem præsentem, sed omnino permittere tenetur, vt ei compensetur atq; deducatur pretium laboris & impensarum, in quantū repeti de jure possūt: Multo minus igitur, postquam tertius bona fide rem fecit meliorem, consequi debebit integram rei æstimationem præsentem a debitore, cum nihil hic sit, quod imputari debitori jure possit, illic ei queat objici, cur in rem alteri debitam, sive ad alterum transituram impenderit. Tum, 3. quia si res ipsa præstaretur, citra controuersiam deducere tantundem liceret: Siue enim res ipsius debitoris esset, eam a tertio bona fide impendente non nisi refusio laboris & impensarum, quatenus de jure resarciri debent, pretio recuperare posset: cuius autem pretium ipsi abest, ea res abesse dignoscitur eidem, ut in effectu proinde sit ac si impendisset ipse, *l. Labeo & Sabin. versicul. quia videtur, ff. de verbor. sign. l. quia qui pretio, ff. de vsufr. l. plane, §. quod si rem ff. de lega. 1.* Sive aliena: tanto pluris eam redimere cogeretur debitor, quanto facta est pretiosior propter alterius industriam & impensas: vt proinde cum hoc quoque casu, quantum propter id, quod impensum fuit precij accessit, tantum debitori pluris ea propter emere coacto abesse dignoscatur, erit hic quoq, in effectu perinde, ac si impendisset ipse, *jur. præcit.* Vt igitur ejus, quod ipse impendit, quatenus ei de jure permissa repetitio siue deductio, pretiū sine controversia deducit, ita cum pro eo, quod alius impendit, pretium soluere jure coactus est, hoc ipsum ab illo, ad quem res transit, refundatur oportet, *d. l. Labeo & Modest. Fac. l. Modestinus, ff. de solut. l. si man sa tu & maxime l. cum quis, ff. de fideiussor.* quoties autem creditori pro re solvitur æstimatio, constat, ei nihil amplius esse soluendum, quam habiturus esset sive consecuturus, si res ipsa præstaretur, & consequenter in rei æstimatione ineunda soluendaq; pretium laboris & impensarum tertio debitum sive præstitum jure detrahetur. Tum, 4. quia verisimile non est, debitorem, quando se obligauit ad rei

præstati-

præstationem, cogitasse de augmen-
to pretij, quod impensis & industria
tertij deinceps accedere rei potest, an-
tequam creditori præstetur; adeoque
si de eo cogitasset, vel in specie fuisset
interrogatus, id procul dubio fuisset
excepturus: Certi autem juris, obli-
gationem ad incogitata trahi vel ex-
tendi non oportere, *l. cum Aquilians, l. qui cum tutorib. ff. de transact. l. in lege, ff. de contr. emt.* nec in obligatione quã-
tumvis generali venire ea, quæ quis
verisimiliter obligatione in specie mi-
nime compræhendisset, si de ijs inter-
rogatus fuisset, *c. in generali, ubi Dd. de reg. jur. in 6.* Tum, 5. quia præsumi
nec debet nec potest, cum qui in obli-
gatione contrahenda sese vltra rem
ad nihil aliud astrinxit, vt quicquam
vltra rem teneri voluisse: quod ta-
men eueniret, si & creditori præsen-
sem rei hodie pretiosioris æstimatio-
nem sine vlla deductione soluere, &
tertio impendenti, quantum ei pro-
pter impensas in rem factas deberi
dignoscitur, præstare cogeretur: pro-
inde quod huic omnino prestandum,
illi non immerito deducitur: *fac. l. Arrian. & ibi not. ff. de act. & oblig.* Tum,
6. quod æstimatio laboris & impen-
sarum, quando repeti possunt, ab eo
resarcienda, qui non modo cum re,
quicquid est impensum, habiturus est,
verum etiam commodum eius vni-
versum percepturus, *t. t. ff. de impens. in res dot.* Iam verò creditor, sive res
ipsa præstaretur ei, siue præsens eius
æstimatio, non modo cum re vel eidē
prius æquipollente æstimatione pri-
stina, quantum fuit impensum, habi-
turus, sed & emolumentum eius o-
mne percepturus esset: debitor autē
non modo nihil inde consequeretur,
nec vllum commodum haberet, sed &
damnum incurreret, quippe amissu-
rus id, quod esset recuperaturus, si
ipse impendisset. Nil mirum igitur, si
tam vno, quam altero casu deducti-
oni sive compensationi eius, quod
ratione laboris & impensarum venit
resarciendum, sit locus. Tum 7.
quod alioqui foret in arbitrio & fa-
cultate tertij, reum ad plus, quam ali-
ás tenetur, obligare: quod & intenti-
oni debitoris repugnare, & absurdū
esse videtur, cum alterius conditionē
eo inuito vel ignorante deteriorem
facere quis nec debeat nec possit, *l. solvendo, ff. de negot. gest. l. non debet, ff. de regul. jur.* Quod † si rem fecit is me- 22
liorem, cui soluitur æstimatio rei, pu-
ta, cum emtor ante quam vigore
pacti venditori retenderet, impen-
dit, hactenus ille consequetur æsti-
mationem rei præsentem, vt in ean-
dem imputetur, quod impendit, *per d. l. in fundo, l. sumtus, ff. de rei vend. l. Paulus, §. domus, ff. de pignor. cum simil. sensit q. post alios Cagnol. in l. 2. q. 49. n. 175. C. de pact. inter emt. & vend. Tiraquel. de retr. conuent. §. 7. gl. 1. maxime nume. 8. Petrus Gregor. in syntagm. juris, lib. 26. c. 21. num. 4. & 5. Hieron. Gabr. con. 168. n. 111. vers. & de eo qui tenetur. Natta con. 856. nu. 1. & 4. to. 2. con. 601. num. 1. to. 3.* Etenim id, quanto res melior siue
pretiosior facta est, aut superat impē-
sas, & ambigendum non est, nihil am-
plius eum impensarum nomine pete-
re posse, cum abunde satisfit ipsi per
æstimationem præsentem, qua sol-
vitur id ipsum, quod est impensis sur-
rogatum, nempe quantum pretij ac-
cessit rei, vt proinde bis idem in effe-
ctu consequi nec possit nec debeat,
c. bona fides, de regul. jur. in 6. Aut rei
tantum pretij non accessit, quantum
fuit impensum: quo casu, cum eo vs-
que duntaxat impensarum redditio-
ni regulariter soleat esse locus, quō
res pretiosior facta est: & hoc ipsum
presenti æstimatione rei præstita
consequatur impendens, ne hic qui-
dem vltra æstimationem exigi quic-
quam poterit, *d. l. Paulus, §. domus, d. l. in fundo.* Adde quod cum debitor, si
vel ipse, vel tertius impendisset, æsti-
mationi pro re soluendæ tantum de-
ducere posset, quantum ratione im-
pensarum venit resarciendum, ab-
surdum fuerit, ab ipso creditorem
impensarum prætextu quid vltra
præsentem rei æstimationem conse-
qui vel exigere posse, *arg. l. in condemnatione,*

tione, §. dolo, ff. de regul. jur. c. dolo, d. t. in 6. l. dolo, ff. de doli except. vel eo magis, cum sit alioqui futurum in potestate creditoris efficere, ut obligatus ultra præsentem rei æstimationem alioqui satis adauctam in plus teneatur, eoque ipsius conditio per creditorem fiat deterior, quod juris ratio vix admiserit, *l. solvendo, ff. de negot. gest.*

23 Limit. 3. Quoties ab emtore extraneo res emta retrahitur, sive per consanguineum proximiorem id fiat jure retractus gentilitij, sive per propinquiorem feudi successorem vigore juris protimiseos ei competentis: ei namq; pretium, quod pro re dedit, integrum est à retrahente solvendum, non plus, nec minus, *Dd. in c. 1. §. sed etiam res, per quos fiat invest. & in c. 1. §. porro, qual. olim. feud. alien. Tiraq. & per eum allegati, de retr. consang. §. 1. gl. 18. num. 4. 5. & 10. Ferron. ad consuet. Burdegal. t. de retr. §. 7. Hartman. Pistor. lib. 2. q. 12. num. 9. & seqq. Petr. Greg. in synt. jur. lib. 26. c. 22. Textus pro hac sententia clarus in l. si in emtione, ff. de minor. & in d. cap. 1. §. sed etiam, vers. tunc enim, per quos fiat invest. & probatur etiam per l. ult. C. de jure emphyt. c. potuit, de locat. l. penult. & ultim. C. de locat. præd. civil. lib. 11. l. ad officium, C. communi divid. & simil.* quibus cum aperte statuatur, eum qui vigore juris sibi competentis præferri velit alijs in obtinenda nondum distracta re tantum solvere oportere, quantum ab alijs accipi reveta potest, certe longe magis oportebit eum, qui post consummatam emtionem, translatumq; mediante traditione dominium ab emtore eodemque rei domino retrahit, tantundem solvere, quantum ille dedit, cum præsertim facilius impediatur, quod nondum est factum, quam revocetur, quod factum est, *l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. l. judex, ff. de judic. c. factum, de regul. jur. in 6. cum simil.* & emtor à quo retrahitur omnimodo per retrahentem servari debeat indemnis, quippe cui nulla, quod emerit, culpa imputari potest, *ut late prosequitur Carol. Molin. ad consuet. Paris. §. 13. gl. 5. q. 2. & q. 5.* Plures pro hac sententia rationes adducit *Tiraq. loc. rel. eumq. referens Hart. Pist. d. q. 12. num. 9. & seq. Pet. Greg. d. c. 22. num. 4.*

Limit. 4. Nam & aliàs cum resol- 24
vitur contractus, tantum quis recuperabit, quantum pro re dedit, sive pluris ea resolutionis tempore, sive minoris valeat, ut sensit post alios *Albert. Brunus de augmento, conclus. 21. num. 1.* & probatur *per l. naturalis §. & si quidem, versic. vel si meum, ff. de præscr. verb. l. ultim. ff. de condict. causs. dat.* ubi resoluto contractu condictio competere perhibetur, non ad exigendam præsentem rei, quæ ab altera parte in obligationem deducta fuerat, æstimationem, sed ad repetendum id quod datum est. Peræque suffragatur *l. quod si minor, §. ult. ff. de minor. & l. unic. C. de reputat. quæ fiunt in jud. in int. restit.* quibus itidem cavetur, ut in resolutione contractus tantundem contrahenti, non plus nec minus, quam dedit, restituatur. Nec mirum, quia cum per resolutionem omnia pristinum in statum reponi debeant, ut uterque contrahentium nihil amplius consequatur, quam quod haberet, si contractus non fuisset initus, *l. cum autem, §. jubent, ff. de adil. edict.* certe neutiquam cogi quis poterit, ut minus, quam dederit, recipiat, eoque sit contentus, multo minus alterum cogere, ut plus reddat, quam acceperit. Quinimò sive minus ei, quam dedit, reddendum esset, residuum penes alterum remaneret, eiusq; lucro cederet: sive plus, quicquid propter adauctam rei, cuius consequendæ gratia dedit, æstimationem ultra datum consequeretur, ex contractu resoluto lucraturus esset, cum tamen juris haud obscuri sit, penes neutrum contrahentium quicquam ex contractu resoluto remanere debere, *l. item quod dictum, l. Imperator, ff. de in diem addic. l. lege, ff. de lege commiss.*
Sed † hæc qui- 25
dem respectu rei, pro qua consequen-

da quid præstitum fuit, maioris interea vel minoris valoris effectę, procedunt: ac si idipsum, quod datū fuit per sese spectetur, nihil referre videtur, maioris id, an vilioris æstimationis sit tempore resolutionis, cum quale hoc tempore dignoscitur esse, tale restituendum veniat, sine ulla diminutione, quæ recipienti, vel suppletione, quæ restituenti damnosa foret, *l. si legati, l. legatum, §. fundus, ff. de legat. 1.* & satis evidenter probatur per leges & rationes modo ponderatas, vel eo magis, cum non sit dubium, quin res ipsa, pro cuius adeptione datum fuit, sine ulla æstimationis adauctæ deductione, vel imminutæ suppletione pristino domino sit restituenda, *arg. l. si venditor, §. sed verum, ff. de indiem addic. l. cum autem, in pr. & §. jubent, ff. de adil. edict.*

26 Limit. 5. Quando is, cui ex lucratiua caussa res debetur, eam interea consecutus est ex alia caussa, quæ vel mere onerosa sit, vel lucratiua quidem, sed onus annexum habens: tunc enim non pretium ei præsens, sed quantum ei propter rem sive occasione rei abesse vel absfuturum esse dignoscitur, præstandum venit, *ut sunt tex. præ cæteris clari in l. plane, §. quod si rem, ubi Dd. ff. de legat. 1. & in l. si quod ex Pamphila, ff. de legat. 2.* Hactenus enim ei res abesse videtur, quatenus vel pro ea præstitit, vel præstiturus est, *d. §. quod si rem, l. Labeo & Sab. ff. de verbor. signific. l. non videtur, ff. de regul. jur. & arg. l. quia qui pretio, ff. de usufr.* adeoq; si præsens rei pretium præstandum esset, alterutrum eveniret, ut aut duæ lucratiuæ caussæ in eundem hominem & eandem rem ex parte concurrerent, quando scilicet præsens pretium maius est eo, quod creditori abest vel absfuturum est, id quod jura non admittunt, *§. si res aliena, inst. de lega. l. omnes, ff. de act. & oblig. l. inter stipul. §. si rem, ff. de verbor. obligat. ubiq; Dd.* aut creditor absque culpa sua damnum sustinere cogeretur, quando minus est eo, quod creditori abest, vel absfuturum est, id quod iniquum fuerit, *d. §. si rem. Fac. l. quoties utriusq;. ff. de regul. jur.* Quod si tamen culpa creditoris rem multo pluris, quam quanti erat, comparantis intervenerit, negligentia eius non debebit nocere debitori, qui proinde tunc id modo præstare tenebitur, quanti revera erat, *per l. alienus, ff. ad legem Falcid.*



EXERCITATIO DVODECIMA.

De mora commissa lapsu temporis obligatione comprehensi, & æstimatione ad idipsum referenda.

SVMMARIA.

1. *Res debita ex tempore in conventione sive dispositione apposito æstimanda.*
2. *Quod procedit, tam quo ad creditorem, quam quo ad debitorem.*
3. *Recensentur atq; diluuntur fundamenta negantium creditori moram committenti quicquam ratione æstimationis deducendum esse.*
4. *Sive res in genere debeatur, sive quantitas, sive species, præstandum, quanti fuit eo die, quo dari debuit.*
5. *Nisi damnum quo ad æstimationem debitor propter creditoris moram incurreret.*
6. *In obligationibus faciendi refertur æstimatio ad tempus quo fieri debuit.*
7. *Dies solutioni præfinitus in æstimatione ineunda præ cæteris temporibus attenditur.*
8. *Etiamsi dispositione legis, aut statuti vel consuetudinis sit assignatus.*
9. *Idem de die tacite saltem non expresse adjecto communis opinio statuit.*

10. Aliq

10. *At contrarium defenditur.*
11. *Opinio communiter approbata sustinetur in obligatione faciendi.*
12. *Ratio diuersitatis inter obligationes dandi & faciendi à Donello tradita reijcitur.*
13. *Alia probabilior adducitur.*
14. *Obligatio facti successiui committitur ad interesse particulare, quam primum capit in faciendo mora fieri.*
15. *Non item ad dotale, nisi tempus integrum praterierit.*
16. *In obligatione facti licet indiuidui dies etiam pro parte cedere potest.*
17. *Ad tempus miserationis caussa indultum astimatio reducenda.*
18. *Rationes pro sententia Pauli Castr. lapsu temporis huius moram induci negantis proferuntur ac diluuntur.*
19. *Mod cum tempus in obligatiane pura vel conditionali humanitatis caussa indultum, non esse idipsum quod post condemnationem reis indulgetur, contra Donellum ostenditur.*
20. *Cuiacij reprahenditur assertio.*
21. *Dies protinus in mora debitorem constituit, non expectato modico tempore.*
22. *Lapsus hora solutioni destinata moram inducit.*
23. *Etiamsi agatur, ut intra unam aut alteram eius diei, quo contrahitur obligatio, horam prastetur.*
24. *Ad eum quoq; diem astimatio refertur, qui non impedit exactionem debiti in anteriore tempore.*
25. *Prout etiam ad id tempus, quod creditor pro arbitrio suo potest efficere breuius, aut pro ignorare longius.*
26. *Extenditur idem & restringitur.*
27. *Ex tempore petitioni, non solutioni adjecto astimatur debita res.*
28. *Et ex eo die, post quem solutio fieri debet.*
29. *Secus tamen est in obligatione facti successiui.*
30. *Dies tacita conventionis, quando solutioni destinatur, quo ad astimationem attendendus.*
31. *Dies solutioni destinatus in astimatione ineunda spectatur, etiamsi post lapsum eius debitorem creditor interpellauerit.*
32. *Quanti plurimi res debita fuit ab eo die, quo dari debuit, tantum à moratore prastandum.*
33. *Contraria sententia fundamenta propanuntur.*
34. *At prior communiter approbata late defenditur.*
35. *Contra Donellum ostenditur, non eius modo temporis, quo dari debuit, rem in obligatiane versari.*
36. *Valore decrescente res ipsa deterior fieri censetur.*
37. *Respondetur ad argumenta opposita sententia.*
38. *Quanto minoris ab eo die, quo dari debuit, res valuit, tantum in solutione creditori in mora constituto deduci potest.*
39. *Tempus gratia multiplicanda prastationis appositum in astimatione ineunda non attenditur.*
40. *Quod extenditur tribus modis.*
41. *Nec tamen procedit, quando una summa in menstruas vel annuas pensiones diuiditur.*
42. *Vel distinctè tam anni siue menses exprimuntur, quam summa in ijs saluenda.*
43. *Ex tempore gratia finienda obligationis adjecto res non astimatur.*
44. *Nec ex tempore gratia demonstrationis adjecto.*
45. *Tempus mora diem pracedentis in astimatione venit attendendum.*
46. *Temporis langiorem tractum habentis finis quo ad astimationem spectatur.*
47. *Dies incertus in astimatione non attenditur.*

48. *Sive sit incertum, an & quando sit extiturus, sive id solum, quando sit venturus.*
49. *Aut an sit extiturus.*
50. *Dies omnimodo certus per adjectam conditionem impeditur, quo minus moram inducat, vel in æstimatione sit spectandus.*
51. *Nisi conditio prius extiterit, post ea ex intervallo dies venerit.*
52. *Dies conditioni insertus in æstimatione non attenditur.*
53. *Sed hoc modis aliquot restringitur.*
54. *In eo, quod officio judicis demum adjudicandum venit, æstimando, dies solutioni destinatus haud spectatur.*
55. *Opinio Ioan. Bolognetti refutata.*
56. *Probabiliter ignorans, sese debere solvere certo die, non tenetur ad æstimationem, quanti plurimi ex eo die fuit.*
57. *Refutantur, qui contrarium in herede ignorante statuunt.*
58. *Debitor, quando rescivit, se præterito die solvere debuisse, nisi confestim solvat, moram sine interpellatione incurrit, & ad æstimationem quanti plurimi tenetur.*
59. *Ex tempore solutioni destinato, si nimis angustum sit, non debet æstimari quod debitur.*
60. *Objicitur* l. non utiq;. §. qui ita stipulatur. ff. de eo quod cert. loc. §. loca, vers. & ideo. inst. de ver. obli.
61. *Ioan. de Imol. Aretini & Donelli sententia rejectur.*
62. *Assertio Roberti refutatur.*
63. *Distinctio communiter approbata defenditur.*
64. *Temporis angustia, quanto recedit ab impedimento naturali, ne quidem contractus stricti juris vitiat.*
65. *A mora tamen & æstimatione quanti plurimi liberat.*
66. *Nisi debitor subsistentem difficultatem evitare, vel angustiam termini prævidere potuit.*
67. *Temporis, quod computato simul tempore nimis angusto, dationi factove dignoscitur esse necessarium, lapsu debitor in mora constituitur, ut ad æstimationem quanti plurimi postea teneatur.*
68. *Dies assignata in pacto, quod est à contractu plane diversum non inducit moram, nec ex ea naturale debitum æstimatur.*
69. *Dies per pactum contractui incontinenti adjectum assignatus in mora constituit, & æstimationi quanti plurimi locum facit.*
70. *Tam in stricti juris, quam bonæ fidei contractibus.*
71. *Dies anterior alteri, qui fuit in contractu stricti juris assignatus, per pactum in continenti surrogatus, in æstimatione spectari debet.*
72. *Pactum initio contractus initum evanescit, quando constat, partes ab eo per contractum recessisse.*
73. *In bonæ fidei contractibus dies per pactum ex intervallo assignatus quo ad æstimationem attendendus.*
74. *Nisi surrogetur alteri in ipso contractu assignato, serius extituro.*
75. *In stricti juris contractibus dies per pactum ex intervallo appositus quo ad æstimationem haud attendendus.*
76. *Dies in æstimatione spectandus non est, creditore forum debitoris non accedente.*
77. *Aut eo non comparente in loco solutioni destinata.*
78. *Etiamsi debitor non protestetur, sese paratum esse ad solvendum.*
79. *Debitor moram tali casu nullam committit.*
80. *Ad* l. pecuniæ, §. usurar. ff. de usur. *responsio Donelli relata & refutata.*
81. *Probabilior ad* d. §. usurar. *responsio.*

82. Dies in æstimatione non attenditur, quoties electio loci solutionis non est in potestate debitoris.

83. Debitor propter absentiam creditoris, aut omissam loci nuncupationem non soluens, moram postea non incurrit, nisi interpelletur.

84. Quando debitor creditorem adire teneatur solvendi gratia.

85. Debitor non interpellatus lapsu diei moram non incurrit, quando fuit actum, ut ante diem interpelletur.



Vccedit illud tempus, quod in contractu vel dispositione solutioni sive præstationi destinatum fuit: circa quod pro regula tenendum,
1 ex † eo æstimari omnimodo rem debitam oportere, *tex. in l. vinum, ubi ordinarie Dd. ff. si cert. pet. & æque claras, in l. ult. ff. de condict. trit. & in l. quoties in diem, ubi Dd. ff. de verb. oblig. l. si Calendis, ff. de re judic. l. si fundum, ff. de verb. oblig.* cum, quod assignatione diei, quo præstari debeat, id agi intelligatur, ut tempore solutioni destinato talis res præstetur, qualis tunc temporis erit, *l. 2. ff. de usur. l. si à subst. tuto, in fin. l. si legati, l. legatum, §. fundus, ff. de legatis 1.* qualitas autem rei consistere videtur etiam in ipsius æstimatione pro ratione temporis, & loci cum primis mutabili, *l. pretia rerum, §. nonullam, ff. ad leg. Falc.* ut mirum non sit, ad tempus præstationi destinatum æstimationem esse reducendam: cum vero maxime, quod debitor, nisi nuncupato die solvat, moram, licet non fuerit interpellatus, committat, *l. magnam, C. de contrah. stipulat. l. 2. C. de jure emphyt. l. pecunia, §. usurarum, ff. de usur. l. ult. ff. de naut. fæn. l. trajectitia, ff. de act. & oblig. l. ad diem, ff. de verb. oblig. c. ultim. de locat. Joan. Robert. post alios in lib. 2. sententiar. juris, c. 17.* quæ sicut æstimatione rei postea crescente, frustratori etiamnum ad præstationem rei plus hodie valentis obstricto, non creditori officit, ita etiam decrescente postmodum æstimatione, par est, & æquitati jurique maxime consentaneum, ne debitori frustratio prosit, indeque immerenti creditori damnum eveniat: quod certe fieret, si præstatione rei longe minus hodie valentis tum ille penitus liberaretur, tum hic contentus esse cogeretur, *l. hominem, ff. mand.* Quantum enim æstimationi rei decessit, tantum commoditatis penes moratorem quodammodo remaneret, siquidem à decrementi suppletione relevaretur: tantoque plus creditor habiturus erat, adeoque habere debebat, quanto res pluris tempore præfinito valuit, *l. quod si Ephesi, ff. de eo quod cert. loc.*

2 Ampliari potest hæc regula primò, ut procedat, tam quoad creditorem, quam quoad debitorem: Sicut enim debitor ad diem non solvens, rem pluris hodie valentem, aut si valor interea decreuerit, quanto plus illa die res valuit, solvere compellitur, *jur. præcit.* ita vicissim creditor, quando per eum stetit, quo minus eo tempore acciperet, postea non modo rei, si minoris valeat, præstatione contentus esse cogitur, verum etiam si creuerit interim æstimatio, sibi deduci patiatur necesse est, quantum valor auctus æstimationem illius temporis excedit, *Petr. & Cyn. in l. in minorem, C. in quibus causs. rest. in int. quos refert & sequitur Bart. in l. 3. §. in hac, num. 15. ff. commod. Bald. in l. acceptam, num. 44. C. de usur. gl. & Dd. in l. 3. §. per vendit. ubi præ cæteris Fulgos. ff. de act. emt. Idemque post Alberic. tenet Iason in d. l. vin. num. 8. ubi Zas. num. 21. vers. duodecima con. l. Bolognet. num. 39. & nu. 88. & 89. dicens esse* veriorem *& tenendam, Donell. num. 27. Cujac. in l. quoties in diem, vers. addatur, ff. de verbor. oblig. & tr. ad Afric. 8. in l. hominem, vers. & forsitan, ff. mand.* Confirmatur primò *per tex. d. l. hominem*, qua clare deciditur, æstimationem esse referendam ad tempus solutioni destinatum, sive per debitorem steterit, quo minus sua

perat, catenus debitor etiam ſit liber
& immunis, quandoquidem non
modo non eſt æquum, teneri debito-
rem adaucto rei valore, qui non te-
neretur, ſi creditor accipere voluiſ-
ſet, *l. qui decem, in princ. ff. de ſolut.* ſed
& pro ſoluto id, in quo accipiendo
creditor moram fecit, oportet eſſe,
ut perinde ſit, ac ſi tempore debito
ſolutum fuiſſet, *d. l. qui decem*, vel eo
maxime, cum in omnibus cauſſis pro
facto ſit accipiendum id, in quo per
alium mora ſit, quo minus fiat, *l. in
omnib. 39. l. in jure civili, ff. de regul. jur.
c. imputari, c. cum non ſtat, d. t. in 6. fac.
l. in executione, §. ultim. & ibi not. ff. de
verbor. obligat.* Sextò, quia contra-
ctus non debent claudicare, *l. 1. l. ſi
id quod, §. ult. ff. de reſc. vend. Bart. in l.
Julian. §. ſi quis à pup. ff. de act. emt. Dd.
in §. 1. inſtit. de aut. tut. Bolognet. conſil.
20. num. 35.* ſed æqualitas inter con-
trahentes, quantum fieri poteſt, ſer-
vanda, *l. Julianus, §. ſi quis colludente,
ff. de act. emt. l. ult. C. de fruct. & lit. ex-
pen. Cravet. conſil. 245. num. 7. Menoch.
conſil. 606. num. 13. volum. 7.* ut par ſit
utriuſq; conditio, *l. ſi cum dies, §. ſi ar-
biter, in fin. ff. de arb. Roman. in l. ſtipul.
iſta, §. inter certam, ff. de verbor. obligat.
Dec. in l. cum tempus, num. 10. ff. de re-
gul. jur.* Cum igitur debitor, quando
ſua die non ſolvit, æſtimatione rei
poſtea decreſcente, non liberetur,
niſi quantum illa die valuit, ſolve-
rit, æqualitas inter contrahentes,
parq; conditio minime ſubſiſtet, niſi
viciſsim creditor ſua die non accipi-
ens contentus eſſe debeat, ſi quan-
tum illa die res valuit, præſtetur. Ve-
rum † contrariam ſententiam ex an-
3 tiquioribus amplexus eſt *Jacob. de A-
retin. ut refert Cyn. in d. l. in minorum,
C. in quib. cauſſ. reſtit. & Iaſ. in d. l. vin.
num. 8. eamq; tenere videtur ex recentio-
rib. Pacius ἐναντιωφ. cent. 3. q. 72. opp. 1.
verſic. quod ad moram emtoris*: quod ſci-
licet creditori accipere ſua die ſine
juſta cauſſa recuſanti nihil deducen-
dum, ſed res debita pluris hodie va-
lens, vel eius æſtimatio præſens in-
tegre ſolvenda ſit, cum nec legibus,
de debitore, non etiam creditore
loquentibus reperiatur cautum, ut
quanto minus præſtituta die res va-
luit, tantum creditori deducatur,
& magna ſubſit inter creditorem &
debitorem diverſitatis ratio, cum ad
creditorem poſt moram periculum
interitus pertineat, *l. ſemel mora, ff. ſo-
lut. matrim. l. qui decem, in princ. ff. de
ſolut.* ut mirum non ſit, ſi gravatus in
uno relevetur in altero, *l. ſecund. na-
tur. ff. de regul. jur. c. qui ſentit, d. t. in
6.* Accedit, quod debitor ad duo ſit
obſtrictus, ut rem debitam præſtet,
& certo die præſtet: proinde licet
ob moram creditoris præſtatio ſua
die fieri nequiverit, tamen etiamnum
debitor ad rem præſtandam obliga-
tus remanet, *l. Celſus, §. 1. ff. de recep.
arb.* ut ſi interpellatus creditori acci-
pere parato non præſtiterit, moram
procul dubio committat ſibi ipſi noci-
vam, *d. l. Celſus, §. 1. & l. illud, ff. de peric.
& comm. rei vend.* eoq; nec immerito
ad præſens tempus, quo niſi præſtetur,
in mora debitor conſtituatur, æſti-
matio referatur. Quin & ſuffragari
videtur *text. l. 3. §. ſi per venditorem, ff.
de act. emt.* quem de mora emtoris
non in pretio ſolvendo, ſed vino ac-
cipiendo commiſſa intelligendum eſ-
ſe, clare patet, cum ex ſequentibus
verbis, quibus illam deſcribit, ſi ſcili-
cet venditor nulla difficultate præpe-
ditus, tradere paratus fuit: hæc enim
uti denotant, per venditorem non
ſtetiſſe, quo minus traderet, ita pari-
ter etiam oſtendunt, per emtorem ſte-
tiſſe, quo minus acciperet, vel eo ma-
gis, cum dici nequeat, venditorem
non aliter paratum fuiſſe tradere, ni-
ſi pretium ſibi prius exolvatur, quan-
doquidem ibi non adijcitur eiuſmo-
di reſtrictio, nec regulariter jure
permittitur, ut quis ab altero cum
effectu exigat, niſi prius ex parte ſua
impleverit, *l. Julianus, §. offerri, ubi
Bartol. & Dd. ff. de actor. emt.* cum et-
jam, quia emtore in pretio ſolvendo
moram faciente, non valor ſive æſti-
matio rei venditæ, in qua moram
non fecit, venit in conſiderationem,

sed emtor usuras duntaxat præstare tenetur, *l. ultim. ff. de peric. & com. rei vend.* Iam vero licet emtor in accipiendo moram commiserit, attamen ICtus illic non ait, æstimari oportere pretium seu valorem, qui præfinito die sive tempore moræ fuit, verum qui fit, cum agatur: aperte innuens, æstimationem ad præsens modo tempus, quo res judicio petitur, ut sine mora denegatio præstationis fieri nequeat, esse referendam. Sed hæc tanti non sunt, ut propterea sit à priore sententia recedendum. Etsi namq; pleræq; leges de æstimatione ad diem, quo dari debuit, sive moræ tempus referenda disponentes loquantur in debitore, non tamen desunt, quæ generaliter conceptæ, nec ad debitorem restrictæ reperiuntur, qualis esse videtur *l. quoties in diem, cum l. seq. ff. de verbor. oblig.* imo quod creditore sine justa caussa non recipiente reducenda sit æstimatio ad tempus, quo dari debuit, si tum res minus valuit, textus est clarus *in d. l. hominem*, per quem Dd. hoc ipsum ibidem tenuerunt, ut si maxime subesset aliqua diversitatis ratio, tamen ea, quod textui manifesto opponitur, minime foret attendenda, *l. non omninm, ff. de legib.* Veruntamen illa, quam Iac. de Aret. comminiscitur diversitatis ratio in proposito revera non subest. Etenim peræque debitor periculum interitus, si sit in mora, tenetur agnoscere, *l. quod te, ff. si cert. pet. l. si ex legati, ff. de verbor. oblig. cum similib.* usq; adeo, ut etsi perfecta venditione periculum interitus protinus ad emtorem adhuc ante traditionem pertineat, *§. cum autem, inst. de emt. t. t. ff. & C. de peric. & cum rei vend.* si tamen venditor traditioni moram fecerit, eius periculo res intereat *jur. pracit.* nec tamen eo minus de æstimatione, si maior fuit illo die, quo dari debuit, tenetur, *d. l. vin. l. illud, ff. de peric. & com. rei ven. d. l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt.* Nec inficias imus, debitorem etjam post moram creditoris obstrictũ teneri ad præstandum, adeoq; nisi præstet interpellatus, moram ab eo quoque posteriorem commissam iri: Verum his non efficitur adversus creditorem in mora constitutum non esse reducendam æstimationem ad tempus solutioni destinatum, quo res minus valuit, siquidem hic eo de casu non agitur, quando posterius est in mora debitor: Sed hoc quæritur & controuertitur, morâ per creditorem commissâ, cum ad præstationem postea devenitur, cuius temporis æstimatio sit ineunda, utrum eius, quod solutioni destinatum fuerat, an præsentis: & deciditur, quod illius, dummodo res tunc minoris fuerit, idq; per leges & rationes prius adductas: Nec quod hodie, cum paratus est accipere creditor, etiamnum præstanda res venit, ideo temporis hodierni æstimatio spectanda fuerit: alioqui ratione pari sequeretur, etiam contra debitorem in mora constitutum præsentis temporis, quo solutui est, æstimationem fore spectandam, contra *d. l. vin. & cencor.* Quin potius ut debitor eo ipso, quia nunc demũ soluit, quod jam pridem solvere debuerat, plus quam debitam rem præstare tenetur, id scilicet, quod æstimationi temporis, quo debuit antea præstari, deesse dignoscitur: ita vicissim creditor eo ipso quia nunc demum recipere vult, quod jam pridem recipere tenebatur, minus quam debitam rem consequi debebit, illo videlicet ei deducendo, quod æstimationem temporis, quo tenebatur antea recipere, dignoscitur excedere sive superare, *per prædicta.* Textum vero *d. l. 3. §. si per vend.* tantum abest, sententiæ prius confirmatæ officere, ut pro illa potius quam maxime faciat, prout etiam eodem textu pleriq; interpretum in confirmatione prædictæ sententiæ præcipue nituntur. Quamvis enim simpliciter ICtus perhibeat, æstimari oportere pretium rei, quod sit, cum agatur, tamen ad id tempus, quo per creditorem stetit, quo minus acciperet, æstimationem non esse reducendam, inde nullatenus efficitur, potius contrarium non obscu-

obscure comprobatur. Primum enim etsi dicat ICtus, per emtorem fuisse moram, non tamen ait illam moram præcesſiſſe litis conteſtationem, eoque nec nobis integrum, auſu proprio fingere, moram creditoris præceſſiſſe judicium acceptum, *l. illam, C. de collat. cum simil.* Quod cum ita ſit, reſtat id ſcilicet, ut quemadmodum moræ tempus ab eo, quo agitur, ſive judicium accipitur, ICtus nec diſcernit, neq; diverſum ſtatuit. prout aliàs quoque moræ, litiſque conteſtatæ tempora, non diverſa invicem aut ſeparata ſunt, niſi moram præceſſiſſe conſtet aut probetur, ſed in unum concurrere atq; coincidere ſolent, *l. item ſi verberatum, ff. de rei vend. l. nemo, §. ultim. ff. de verbor. obligat. cum ſimil.* ita nos etiam in illo textu utriuſq; non diverſum, ſed unum idemq; tempus eſſe fateamur, vel eo magis, cum in facti ſpecie cujuſque legis non ſint plura præſupponenda, quam verba legis important, adeoque contextus exigit. Cujus porro conſequens eſt, ICtum aſſerendo, æſtimari oportere pretium, quod ſit cum agatur, nihil aliud velle, quam rei valorem eſſe referendum ad id tempus, quo per creditorem ſtetit, quo minus acciperet, eoque nec obſcure ſententiæ noſtræ ſuffragari. Deinde cum ICtus oſtendere velit, quæ ſit æſtimatio propter emtoris moram ineunda, perhiberi non poteſt, emtorem illic egiſſe: Is enim ſi venditori litem moviſſet, adeoque judicialiter exigendo paratus fuiſſet recipere, venditoris mora per litis conteſtationem contracta, quia poſterior eſt, priorem creditoris abſorberet, ut æſtimatio tempore litis conteſtatæ ſubſiſtens non propter creditoris antecedentem, ſed præſentem venditoris moram attenderetur, *l. illud, ff. de peric. & commun. rei vendi.* id quod textui pariter & intentioni Pomponij plane repugnat: Proinde cum hinc evidenter appareat, venditorem illic egiſſe, eoque emtorem, quando litem conteſtari maluit, quam recipere rem emtam, pretiumque præſtare, moram commiſiſſe: liquido ſimul id patet, ICtum non ad id tempus, quo emtor, hoc eſt, creditor paratus eſt accipere, ſed ad id, quo per ipſum ſtetit, quo minus acciperet, æſtimationem retuliſſe, quod ipſum opinio noſtra ſtatuit. Tertiò: etiamſi ICtus expreſſis verbis non dixerit, æſtimari oportere pretium, quod ſit eo die, quo creditor, cum debuiſſet, accipere noluit: tamen illo tempore, ſi litis conteſtationem præcedat, reſque tunc minoris fuerit, æſtimationem omnino attendi voluiſſe ICtum, ſatis ex verbis illico ſubjectis colligitur. Certi namq; juris eſt, non modo firmum duci argumentum à tempore ad locum, & e diverſo, *Dd. in d. l. vindic.* ſed inprimis etiam quoad æſtimationem idem in utroque juris eſſe, præſertim, ubi nulla ſubeſt ratio diverſitatis, *d. l. vin. ubi Dd. l. ultim. ff. de condictio. trit. & est text. in d. §. ſi per vend.* Pomponius autem clare decidit contra creditorem debito loco non recipientem ineundam eſſe æſtimationem, quo res loco minoris ſit, vel quo dari debuit, vel quo agitur: nec aſſignari conveniens ratio poteſt, cur tempus ſolutioni deſtinatum, ſi res tunc minoris fuit, contra creditorem in mora conſtitutum non æque ſit attendendum quoad æſtimationem, ſicut attenditur locus ſolutioni deſtinatus, ſi res eo loci minus valuit: cum quidem non aliam ob cauſſam ad illum locum æſtimatio referatur, quam quod per creditorem ſtetit, quo minus eo loci ſolutio fieret, *d. l. vin. & l. ultim. ff. de condictio. trit. l. 3. juncta l. centum Capuæ, ff. de eo quod cert. loc.* Ergo ſimiliter contra creditorem præfinito tempore non recipientem iniri debebit æſtimatio, quo res tempore ſit minoris, vel quo accipi debuit, vel quo agitur. Quo fit, ut cum Pomponius ſolius temporis, quo agitur, meminerit, eam facti ſpeciem.

quo

quo ante inchoatum judicium per creditorem, quo minus acciperet, non stetit, respexerit, eoq; minime negauerit, si anteriori tempore stetisset per creditorem, quo minus acciperet, resq; tum fuisset minoris, illud tempus attendi debuisse. Quod ipsum etiam quarto comprobatur ex eo, quod in vers. priore *d. §. si per vendit.* traditur de venditore, hoc est, debitore non tradente, condemnari eum oportere, vtro tempore locoq; pluris fuerit, vel quo venit, hoc est, vt superius monstratum, quo vinum tradi debuit, vel quo agitur: Hinc enim efficitur, in casu conuerso, emtore scilicet, hoc est, creditore, non accipiente æstimari oportere, vtro tempore minoris fuerit, vel quo accipi debuit, vel quo agitur, cum & antecedentia suppleant atque declarent sequentia, *c. secundo requiris, in pr. de appell. l. si seruus plurium, §. vlt. vbi Ias. ff. de lega. 1.* & debitor creditore sit fauorabilior, *l. Arrian. ff. de act. & oblig. l. fauorabiliores, ff. de regul. jur.* & in proposito propositum debeat idem operari, quod oppositum in opposito operatur, *l. penult. C. de sent. l. vlt. §. vlt. ff. de lega. 3. cum simil.* Quintò denique subuenit illud etiam, quia videmus priscos ICtos pluribus in locis respondisse, spectandum esse tempus litis contestatæ, quo ad æstimationem, *vt in l. 3. §. in hac, ff. commod. l. cum fundus, in pr. ff. si cer. pet. l. 2. ff. de vsur.* nec tamen hisce vel similibus responsis propterea dies excluditur, quo præstari debuit, multo minus ex ijs quisquam rectè concluserit, moræ tẽpus anterius in æstimatione nihil esse curandum, cum videamus tot legibus hoc ipsum de tempore litis cõtestationis circa æstimationem spectando, ita manifeste restringi atque declarari, nisi mora litis contestationem præcesserit, quæ sit alioqui frustratori profutura, *d. l. vinum, l. pen. & vlt. ff. de cond. trit. l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. si sterilis, §. cum per ven. ff. de act. emt. l. quoties in diem, ff. de ver. oblig. & simil. ac præ cæteris textus quoad propositum apprime notabilis in d. l. hominem, ff. mand.* Quare nec fuerit existimandum, Pomponij responso diem, si quis solutioni dictus esset, excludi, sed potius idipsum non minus quam cœtera secundum restrictionem alits in legibus aliquoties additam & inculcatam conuenienter accipiendum, *l. non est nouum, ff. de legibus cum similibus.*

Ampl. 2. vt procedat, siue res in genere debeatur, siue quantitas, *l. vinũ, ubi Dd. ff. si cer. pet. l. ult. ff. de condic. trit. l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt. l. quoties in diem, cum l. seq. ff. de verbor. obl.* siue certa species in obligationem deducta sit, *d. l. ult., in fi. l. hominem, ff. man l. l. si fun lum, ff. de verbor. oblig.* Etenim quia certæ speciei non minus quam rei in genere debitæ seu quantitatis valor assiduæ mutationi reperitur obnoxius, *l. ideo, ff. de eo quod cer. loc. l. pretia rer. ff. ad leg. Falcid.* non immerito reuocatur, etiam certæ speciei æstimatio ad diem solutioni præfinitum, *jur. præcit.* Ac licet per æque futurum fuerit, vt æstimatio debitæ speciei decresceret, etiamsi debito tẽpore præstita fuisset, quia tamen creditor damnum decrescentis æstimationis mature distrahendo speciem acceptam plane deuitare potuisset, æquitas ipsa vel maxime flagitat, vt quod propter alterius frustrationẽ damnum creditor effugere minime potuit, frustrator ei resarcire teneatur, *l. illud, ff. de petit. hered. l. cum res, §. ult. ff. de lega. 1.* Quæ ratio cum in moratore ad certam speciem obligato demum militet, neutiquam vero in eo, cui species certa debetur, moram committente, nil mirum, si quis quãdo per creditorẽ stetit, quo minus sua die speciem certam sibi debitam acciperet, et postmodum species illa, quantumvis interim æstimatio maxime creuerit, absque vlla deductione præstanda sit, nec ad tempus solutioni destinatum siue moræ à creditore commissæ respectus vllus habeatur, *prout singulariter decidit Bart. in l. 3. §. in hac, num. 15. ff. commod. quem sequitur* Fulgos.

Fulgos. in d. l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt. Ias. in d. l. vin. num. 8. ubi Ioa. Bolognet. nu. 39. Tum, quia frustratione creditoris debitam sibi speciem nõ accipientis, debitori nullum quo ad æstimationem damnnm infertur. Siue n. æstimatio debitæ speciei decrescat, damnum solius creditoris erit: qui postea minus valentẽ recipere tenetur: siue crescat ab eo tempore, quo per creditorem stetit, nihil debitori creditoris frustratio nocet, qui postquã ad certam speciem actione sive personali siue reali teneri cœpit, adeoq; nonminns ad eandem post moram creditoris, quam ante moram tenetur, *l. Celsus, §. 1. ff. de recept. arb. l. illud, ff. de per. & com. rei vend.* nonpotest eam in alternm licet plus offerentem transferre, quin ad justam eius, quod in rẽ suam vertit, æstimationem teneatur, *l. si heres rem, ff. de lega. 2. l. senatus. in pr. l. cum res §. sed si Stichus, l. si domus §. qui confitetur, ff. de lega. 1. cum sim.* Certi vero juris, debitorem in eo saltem relevari, ne damnum ideo sentiat, quod ipso præstare parato vel offerente creditor accipere noluit, *tex. not. in l. semel mora, ubi not. per Dd. ff. solu. matrim. fac. l. illud, ibi, deinde cum omnia, ff. de peric. & com. rei ven.* Tum, qnia si debitor incrementum æstimationis in præstatione certæ speciei debitæ creditori in mora constituto deducere posset, emolumẽtum sive lucrum ex illa ipsa re prouenicns, videlicet, augmentum valoris consequeretur, cum tamen debitori quo ad lucrum ex illa re captandum, siue fructus acquirendos mora creditoris prodesse nequeat, *tex. in l. si mora, ubi Dd. ff. solut. matr.* Tum, quod hoc casu cessant ea, quib. antea post frustrationem creditoris ad tempus solutioni destinatum æstimationem reuocari ostendimus. Namq; *d. l. hominem, ff. mand.* de tali commodo loqui videtur, quod cũ detrimento eius, cui mora fit, coniunctum est, cum alioqui si fit absq; illius damno, commodum nõ modo legibus aperte tribuitur creditori in mora constituto, *d. l. si mora,* sed ne quidem ex mora percipi, eoq; nec mora prodesse, recte dicatur, quandoquidem commodum etiam, citra frustrationem suam creditor peræque fuisset percepturus, *l. videamus, generatim, ff. de usur.* Mora vero. vt posit esse damnosa frustratori, necesse est, propterea damnum quoddam euenisse: alioqui damnum, quod ex ea non emergit, frustratori nec imputari, nec esse nociuum potest, *l. illud, ibi deinde cum omnia, ff. de peric. & com. rei ven.* vt proinde cũ in proposito, quo ad æstimationem debitori damnum non inferatur ex mora creditoris, nihil sit quod creditori nocere vel imputari posit, *eiq. qui, ff. si cer. pet. l. si f. ruñ. §. si modus, ff. de act io. emt.* Debitor autem & creditor, licet correlativa sint, nec inter eos regulariter esse debeat inæqualitas, tamen casu nostro non idem in creditore, quod in debitore statui potest, propter illam, quæ ex dictis abunde patet, rationem diuersitatis euidentem, qua subsistente tam in relatis diuersum jus, *§. unde, insti. de aut. tut. Euerh. in loc. à rel.* quam inter contrahentes inæqualitas admittitur, *Socin. in l. qui Romæ, in princ. ff. de ver. obligat. Dec. in l. cum tempus, n. 11. ff. de regul. jur.* Similiter id demum pro soluto habetur post moram creditoris, quod si frustratori soluendum esset, debitor in damno remaneret, prout ex contextu *d. l. qui decem, in princip. ff. de solution.* luculenter apparet, quandoquidem ICtus ex eo, quia non est æquum, pecuniam creditori oblatam periculo debitoris amitti, concludit id in quo accipiendo creditor moram fecit, pro soluto esse oportere: *Facit quod notat Bolognet. in l. quod tẽ, nu. 33. ff. si cer. pet.* & altàs etiam juris est indubitati, debitorem post moram creditoris etjamnum teneri præstare rem debitam nondum deperditam, vt vel hac de caussa, non nisi quatenus debitor ex mora creditoris damnum perpessus est, pro soluto posit haberi, quod creditor sine justa caussa accipere recusauit, *l. Celsus, §. 1. ff. de recep. arbit. l. illud, ff. de peric. & com. rei vend.*

Ex

Ex dictis vero simul id consequi videtur, si quando vsuveniret, vt propter creditoris moram damnum quo ad æstimationem debitor incurreret, huic doctrinæ minime locũ fore, puta si species aliena sit in obligatione, a debitore comparare prestareq; parato interuenerit mora creditoris, nolle se accipere profitentis, *Loriot. in epitib. tit. de mora, ax. 19. Gab. Rom. & per eum relati lib. 3. t. de solut. conc. 8. num. 1.* ac proinde comparatio tunc temporis intermissa fuerit: Neq; enim tenetur comparare debitor, antequam creditor sit paratus accipere, ne si comparata res post moram creditoris ante præstationem interiret, non minus debitor inutiliter expenso pro rei comparatione pretio, quam frustrator interitu speciei debitæ, damnum sentire teneatur. Vnde si postea creditore parato recipere debita species longe pluris comparanda sit, eaque ratione damnum debitor quo ad æstimationem incurrat, jure merito reducenda erit æstimatio ad tempus, quo creditor accipere debuisset, vt tantum deducatur, quantum præsens æstimatio valorem temporis illius excedit, cum hic nullatenus agatur de lucro propter moram creditoris captando, sed de damno vitando, perinde vt in debito generis & quantitatis, eoque rationes, quibus Bartoli sententia comprobata fuit, hic plane cessent, eæ vero, quę pro ampliationis præcedentis confirmatione adductæ fuerunt, firmiter obtineant: *Ita singulariter Bolog. decidit in d. l. vin. n. 39.*

6 Ampl. 3. procedere etiam in faciendi obligationibus, vt ad id tempus referenda sit æstimatio, quo quid vigore obligat. fieri debuit, *l. si Calen. ff. de re jud. l. si fundum, ff. de verb. obl. l. ubi exigitur §. is autem, ff. de ed.* quamvis interimquo ad ęstimationis obiectũ inter dandi & faciendi oblig. discrimen sit longe maximum: Etenim in obligationibus dandi fit ipsius rei in obligationem deductæ æstimatio, *l. in re furtiua, ff. de condic. fur. l. in hac, ff. de condic. trit. l. cum res, §. itaq., ff. de lega. 1. cum simil.* à qua plane diuersum est id quod interest, *l. un. §. vlt. ff. si quis jus dic. non obt. l. 1. in pr. ff. de act. emt. l. ait lex. §. vlt. cum l. seq. ff. ad leg. Aquil. l. in interd. Eto, ff. de vi & vi arm.* quod etsi nonnunquam æquale sit æstimationi, rei, *l. si quis ab alio, ff. de re judica.* sæpissime tamen fit, vt pluris, *d. l. 1. in pr. & d. l. in interd.* aut minus intersit, *d. l. in interd. d. l. si quis ab alio, in pr. Loriot. post alios in d. l. vin. num. 21.* cum è diuerso in faciendi obligationib. ęstimetur id quod interest creditoris, factum esse, quod vigore obligationis faciendum erat. *l. si procurator, ff. si quis caut. l. 1. in pr. ff. de act. emt. l. si quis ab alio, ff. de re jud. l. si pœnam, l. quoties quis alium, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, l. cum stipulatus, §. vlt. l. si sic stipul. cum similibus ff. de verbor. oblig.* non autem ipsius per sese facti in stipulationem deducti fit æstimatio, quanti per sese idipsum valeat, eam scilicet ob caussam, quia factum neque res est incorporalis in jure consistens, neque corporalis, aut qualitas rei per naturam inhærens, sed eatenus ac tantisper duntaxat esse perhibetur, quatenus est in fieri, dumque fit: prius vero quam fiat, nondum est, prout etiam, quo fieri momento desiit, eo ipso protinus euanescit: vt proinde cum ob fluxam sui, nimisque caducam conditionem ab hominibus nec possideri, nec acquiri vel haberi possit, *Donell. in l. stipul. non diuid. nu. 47. ff. de verbor. obl.* necessario consequi videatur, id ipsum per sese, quatenus est factum, non recipere æstimationem, *Aemil. Ferret. in trac. de mora, num. 25. vers. hac visa dicenda, & 26.* quippe rebus quas acquirere non possumus, minime competentem, *l. sacra, §. vlt. ff. de rer. diuis. l. ex hac, ff. si quadrup. paup. fec. l. liber homo, ff. ad leg. Aquil. l. liber homo, 103. ff. de verbor. obl. l. libertas inæstimab. ff. de ver. signif. ubiq. gl. & Dd.* Quam tamen per sese non recipit æstimationem, eam ex accidenti siue secundum aliud potis est admittere, ratione scilicet agentis,

eius-

causae cui fieri debuit, aut materiæ vel rei facto subiectæ, vel etiam operis facto constituendi, *l. 4. §. Cato, l. stipul. non diuid. §. si quis ita, ff. de verb. oblig.* quia nihil obstat, quo minus vtilitas agenti decedens, vel ei, cui fieri debet obveniens, æstimari possit, quippe tantum de bonis cōtinens siue denotans, quantum abest alicui, quantumve lucrari potuit, *l. si commissa, ff. rem rat. hab.* Sed cum finis uniuscuiusq; rei sit potissima & præcipua caussa, eoq; eam cœteras moderetur, quam iisdē iure merito præfertur, *Bald. in l. generaliter, n. 5. C. de episc. & cler. Marant. de ord. judic. p. 2. n. 36.* nec modo sit principalis caussa rei, quatenus primus est in intentione, sed etiam effectus eiusdem rei, quatenus est ultimus in executione, *ut post alios notat Bolognet. in l. re conjuncti, nu. 227. ff. de legat. 3.* Obligationes autem eo fine contrahantur atq; constituantur, ut quibus eæ quæruntur, sibi acquirant, quod sua interest, *l. stipul. ista, §. alteri, ff. de verbor. obligat. §. alteri, instit. de inut. stipulat.* adeoq; stipulando sibi quid fieri, vtilitatem inde sibi provenientem principaliter & unice respiciant, *l. qui insulam, l. si ita stipulatus, 97. §. possum, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, ff. de verbor. obligat.* fit ut in obligatiouibus faciendi non tam vtilitas facienti decedens, aut quid aliud æstimetur, quam ad eius, cui fieri debuit vtilitatem æstimatio tota referatur vnice, ut quanti ipsius interesse dignoscitur, tanti lis æstimanda sit, *d. l. si procurator, ff. si quis caut. l. 1. in princ. ff. de act. emti, l. si quis ab alio, ff. de re judic. cum simil. sup. alleg. Loriot. in apic. tit. de eo quod int. ax. 84.* usq; adeo, ut non modo si minus ipsius intersit, quam vel obligato decederet, si faceret, vel res facto subjecta valeret, nihilo plus quam sua interest, consequatur, *d. l. si quis ab alio, l. si ita stipulatus, §. possum, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, ff. de verbor. oblig.* sed etiam ubi nihil eius interest, non possit ex ea obligatione quicquam consequi, multoq; minus tunc aliquid aliud æstimari, *jur. praest.*

Ad tempus autem expediendo facto præstitutum ita refertur æstimatio, ut fit æstimandum, quanti sua tunc interest, si non modo, quia factum non fuerit, sed etiam, quia debito tempore factum non fuerit, *l. si Calendis, ff. de rei jud. l. si fundum, l. si ita quis promiserit, §. Seia, ff. de verb. obli. l. et si post tres, ff. si quis caut. l. utiq. ff. de recep. arb. Fac. l. Celsus, §. idem ait, ff. de recep. arb.*

7 Ampl. 4. Vt tempus solutioni præfinitum etiam præ cœteris temporibus alioqui moram æque inducentibus, puta, petitionis extrajudicialis, aut litis contestatæ, quoad æstimationem attendendum veniat, *d. l. vinum, ubi Dd. maxime Bolognet. num. 57. Loriot. num. 15. & l. ult. ff. de condict. trit.* Hactenus enim tempora incundæ æstimationi rei sine mora non solutæ legibus præstituta spectantur, nisi tempus aliud hominis dispositione sive conventione comprehensum, *l. si ita legatum, ff. de auro & argen. lega.* nec immerito, cum dispositiones & pacta privatorum peculiari tempus exprimentia juri communi derogent, *l. contractus, ubi not. per Dd. ff. de regul. jur.* Iam vero licet rarius in dispositione sive conventione rei præstandæ fiat æstimationis expressa mentio, quia tamen tempus certum solutioni rei debitæ præstituitur, eo ipso simul tacite actum intelligitur, ut subjecto suo qualitas respondeat, apteq; congruat, hoc est, æstimatio temporis eiusdem spectetur, *l. si Calendis, ff. de re jud.* idq; sive illa citra moram pro re debita præstanda tunc veniat, cum subiit insuper eo casu surrogatio sui natura jus idem desiderans, *l. si donata, §. si sponsus, ff. de don. int. vir. & vx.* sive ob rem sua die non præstitam, casu quo cum augmentum æstimationis, quod illa die suberat, accessio rei sit, non minus erit tempus solutioni dictum ex verisimili mente disponentis aut contrahentium attendendum, *l. lecta, ubi not. per Dd. ff. si cert. pet.* vel eo magis cum de accessorio idem quod de principali judicium esse debeat, *c. accesso-*

c. accessorium, cum ibi not. de regul. jur. in 6.

8 Ampl. 5. Etiamsi tempus non sit conventionali vel hominis dispositione obligationi appositum, sed legale, sive dispositione legis, consuetudinis aut statuti solutioni præstitutum, *l. 2. C. de jure emphyt. c. potuit, de locat. & utrobiq. Dd. & in d. l. vin. ubi præ cæteris Alciat. nu. 46. Loriot. nu. 9. Bologn. num. 38. M. Anton. Bauerius de mora, p. 2. num. 1. Gabr. Rom. lib. 3. t. de solut. con. l. 9. num. 7. qui n. seq. plurimos allegat.* Non enim dubium est, quin dispositio legis, consuetudinis aut statuti peræque firmiter astringat, ac tantundem operetur, atq; valeat, quantum hominis dispositio sive pactum, prout in hanc sententiam plura post alios congerit *Everhar. in lo. à p... ad stat.* nec propterea, quod a privato dies fuit adjecta, reducitur ad eam æstimatio, sed quod in eandem diem collata solutio, *l. si Calendis, ff. de re jud. l. quoties in diem, ff. de verbor. oblig.* id quod tam legis, quam hominis dispositione fieri potis est, *d. l. 2. & d. c. potuit, cum simil.*

9 Ampl. 6. Etiamsi tempus tacite saltem insit, non expresse fuerit adjectum, id quod usu venit, quoties obligatio pura ex re ipsa dilationem capit, *l. interdum, ff. de verbor. obligat.* Nam ad id tempus, quod tacite videtur obligatione compræhensum, æstimationem rei debitæ referendam esse, censuit *post gl. in l. 3. §. nunc de offic. Angel. ibid. ff. de eo quod cert. loc. Bart. in l. ita stipulatus, num. 40. ubi Alexand. num. 22. & alij, ff. de verbor. oblig. Bald. in l. quoties in diem, cum l. seq. ubi Raph. Cum. & Joan. ab Imol. num. 1. Alexan. num. 2. Ias. num. 5. dicens* veram & communem, *& Cuiac. ff. de verbor. obligat. Castr. & Alex. in l. si stipulatus essem, num. 2. ff. d. t. Bolognet. in l. si insulam, num. 19. 125. & 128. ff. d. t. Loriot. in d. l. vin. num. 8. ubi Alciat. ad verb. si dictum, Bolognet. num. 28. M. Anton. Bauer. de mora, p. 2. num. 1. Ioan. Sciporta de mora, c. 2. num. 64. Gab. Roman. lib. 3. t. de solut. con. l. 9. num. 7. Ant. Faber lib. 16. conject. c. 8.* Moti, primùm quidem per *tex. d. l. idem erit, juncta l. præcedenti, ff. de verbor. oblig.* ubi perhiberi videtur, in obligatione, cui tacite tempus inest, idem juris esse quo ad æstimationem, quod in obligatione in diem expresse assignatum. Vnde cùm sit extra controversiam, spectandum esse, quanti res die solutioni expresse destinato fuerit, *d. l. vin. & concor.* spectari etiam debebit, quanti res die tacite compræhenso fuerit. Deinde per *tex. l. 2. vers. sin autem, C. de jure emph. l. un. §. exactio, vers. sin autem, C. de rei ux. act. c. licet canon, vers. is etiam, de elect. in 6.* quibus etsi subsit obligatio, cui tempus tacite saltem inest, non expresse fuit à partibus adjectum, nihilominus deciditur, lapsu taciti temporis obligatum citra ullam interpellationem in mora constitui, ad usuras teneri, adeoq; pœnas jure præstitutas incurrere: ut proinde necessario sit illius etiam temporis æstimatio, si pluris fuerit, præstanda, *l. penult. ff. de condic. trit. l. homin. ff. mand. l. 3. §. si per vend. ff. de act. empti.* Tertiò, quia taciti & expressi par vis est atq; conditio, tacitumq; pro expresso habetur, *l. cum quid, ff. si cer. pet. l. triticum, ff. de verb. oblig. utrobiq. Dd. & in l. expressa, ff. de regul. jur.* Sicut igitur dies expressa dispositione sive conventione adjectus obligationi, quoad æstimationem omnimodo venit attendendus, ita etiam ad diem obligatione tacite compræhensum æstimationem reduci par est. Quibus accedit etjam quartò, quod utrobiq; videtur eadem caussa vel ratio subesse, siquidem caussa, propter quam in expresso tempore tale quid obtinet, ea nominatim assignatur, quia diem illum obligatus prævidere, seq; ad solutionem interea præparare potuit, ut interpellatione peculiari minime fuerit opus, *l. magnam, C. de contrah. stip.* Atqui diem tacitum, quia peræque certus, procul dubio potuit obligatus etiam prævidere, & ante illius adventum sese ad solutionem præparare citra interpellationem: cuius

cuius porro cõsequens, idem in eo juris esse quo ad æstimationẽ oportere, cum propter eandem rationem utrobiq; subsistentem, quæ jus idem flagitat, *l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. à Titio, ff. de ver. obl.* adeoq; sicut lex disponit in his, de quibus expresse loquitur, sic ipsa quoq; ratio legis, prę sertim expressa, pariter in his, quibus ex æquo competit, dispositionem inducit, *Bald. in c. cum dilectus filius, de rescr. per tex. in l. emtor, §. ult. ff. de res vend.* cum etiam, quia certiorem ulterius reddi non oportet eũ, qui per sese certus est, *c. eum qui, ubi Dd. de regul. jur. in 6.* Deniq; cum creditor, qui expressa diei assignatione debitori sua sponte dilationem indulsit, tantopere sublevetur, ut lapsu concessi temporis debitor citra interpellationẽ in mora constituatur, adeoq; contra eum temporis illius æstimatio ineatur, utiq; creditor ille, qui debitori dilationem non indulsit, nec tamen eo minus expectare cogitur, usq; dum tempus quod tacite inest, elabatur, multo magis videtur subleuandus, cum sit is ampliore dignus auxilio, cui citra suam renunciationem labefactatur jus suum, quam qui juri, quod habiturus erat, renunciauit, *l. si fundus, §. eleganter & l. post diem, ff. de lege commiss.* longeq; plus ei faueatur atq; succurratur, cui quid ex caussa necessaria incumbit, quam ei, qui sibimetipsi necessitatem imposuit, *l. si fidejussor, §. si necessaria, ff. qui satisd. cog.* & alias etiam æquissimum, ut creditor in eo grauatus, quia temporis ante lapsum nequit exigere, vicissim in altero, quo contra debitorem temporis illius æstimatio initur, releuetur, *c. qui sentit,*
10 *de reg. jur. in 6. l secund. not. ff. a. t.* Hanc vero contra sententiam, etsi difficile fuerit, in foro quicquam obtinere, cum sit communiter approbata, contrariam tamen in puncto juris veriorem arbitror, quam tenent *Alberic. de Ros. in l. 2. in pr. & in l. 3. §. nunc de offic. ff. de eo quod cert. loc. Ioan. Fab. in §. loca, ubi Angel. Aret & Tob. Nonius, nu. 2. inst. de verb. oblig. Donell. in comm. de mora, & in d. l. quoties in diem, & l. seq. n. 9. vers. idem probandum, ff. de verb oblig.* Namq; videtur id in primis expeditum, cum non est imposita necessitas solvendi certo quopiam die, non esse attendendum, quanti res fuerit aliquo die ante petitionem, siquidem ubi dies quo dari debeat, non est assignatus, tempus petitionis æstimatio retro non egreditur nec excedit, *ut est tex in d. l. vin. & in d. l. ultim. ff. de condict. trit.* Iam vero nec hominis, nec legis dispositione, solvendi eo ipso die, qui obligatione tacite compræhenditur, necessitas imponitur: non enim ab homine, quia dispositione ipsius nullum plane tempus obligationi reipsa dilationem recipienti fuit adjectum, *§. loca, inst. de verb. obli.* nec á lege, cum in jure nostro reperiatur id modo cautum, peti vel exigi tum demum posse debitum, cum illud ita, ut promissum fuit, præstari potest, *d. §. loca, d. l. idem erit, l. interdum, ff. de verb. oblig. l. si testamento, § quæsitum, ff. de fidejuss.* Atqui maxime differunt invicem isthęc duo, peti quid vel exigi tempore sive die quopiam posse, & ad eum ipsum diem fieri omnimodo solutionem oportere, cum qui pure debet, confestim conveniri possit, *§. omnis, inst. de ver. oblig.* nec tamen eo minus impune solutionem differat, usq; dum super debito fuerit a creditore interpellatus, *l. si ex legati, ff. de verb. oblig. l. mora, ff. de usur. l. Titia, §. ult. ff. de legat. 1.* prout etiam usuvenit in debitore sub conditione, á quo simul atq; conditio extitit, peti quidem vel exigi potest, *l. cedere, ff. de ver. signif.* nihilominus ei licet impune differre solutionem, antequam fuit actu petitum, secundum communẽ receptamq; interpretum nostrorũ sententiam. Quo fit, ut ad tempus, quo primum obligationi satisfieri potest, hoc est, quod tacite obligationi inesse dignoscitur, referenda non sit æstimatio, cum in separatis atq; diversis, ab uno ad alterum mala sit illatio, *l. ult. ff. de calum. cum simil.* nec probet hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, *secundum Dd. in l. neq; natales, post tex. ibid. C. de prob.* Deinde si rationem scrutari

libeat, cur ad diem solutioni peculiariter hominis aut legis dispositione destinatum, æstimatio referre debeat, eam deprehendemus, quod eo ipso, dũ solutio certi temporis iniungitur, necessario simul & in consequentiam id agatur, ut res eiusmodi præstetur, qualis tunc temporis erit, eaq; ratione respectus habeatur ad illius temporis æstimationem, ut sup. dictum: Quæ quidem ratio ibi minime locum vendicat, quando tacite dies aliquis inest obligationi, ad quem sicut ipsamet solutio minime restricta sive coarctata fuit, ita nec in consequentiam id actũ vel ab homine vel à lege potest intelligi, ut qualis eo die res erit, talis præstetur, eoq; nec illius diei æstimatio in consideratione esse potuit. Quoties autem caussa propter quam in expresso quid obtinet sive disponitur, in tacito cessat, dispositum in expresso trahi nec potest nec debet ad tacitum, *l. licet Imp. vers. vel quid si certa, ubi Dd. ff. de legat. 1.* idq; vel eo magis in proposito, quandoquidem ad tempus expressa hominis aut legis dispositione assignatum, non autem generaliter ad utrumq; tam tacitum quam expressum, in jure referri videmus æstimationem, *l. vin. ff. si cert. pet. l. ult. ff. de condict. trit. l. si Calend. ff. de re judic.* ut longe facilius inhibeatur extensio dispositionis ab expresso ad tacitum, *arg. l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alie. c. factum, junct. c. cui licet, de reg. jur. in 6.* cum etsi generaliter dispositio cõcepta fuisset, etiamnum ob deficientẽ caussam restringere dispositionem liceret, *l. adigere, §. quamvis, ff. de jure patro. cum simil.* Comprobatur idipsum tertiò cõsiderata intentione, qua tempus illud tacitum obligationi permittitur, quæ quidem non fuit alia, quam ne quis ad impossibile teneatur, eoq; vitietur obligatio, *l. impossibilium, ff. de reg. jur.* quod futurum erat si confestim conveniri posset, *§. loca, inst. de verb. obli.* Huic autem intentioni legis abunde satisfit, cum petere non licet ante eum diem, quo primum solvi res a debitore potuit, etiamsi non ad eum ipsum diem solutio restricta sit, atq; coarctata: Itaq; cum secundum intentionem agentis dispositio quælibet accipienda sit, *l. Nepos Proculo, l. in conventionib. ff. de verb. signif. l. in ambiguis, ff. de reg. jur. cum simil.* & secundum illam non magis in obligatione ex reipsa dilationem recipiente, quam in alia obligatione pura solvendi ad certum diem necessitas incumbat, consequitur, ad diem obligatione tacite comprehensum æstimationem non esse referendam: alioqui dispositio legislatoris intentionẽ egrederetur, quod jure non admittitur, *l. si pecuniam, l. non omnis, ff. si cer. pet.* Accedit quarto: quia tacita isthæc dilatio sive tempus obligatione tacite comprehensum oritur caussamque trahit ex reipsa, *§. loca, inst. de verb. obli. l. interdum, ff. d. t. l. quoties, ff. de operis libert. l. eum qui, §. quoties, ibi, locus adjectus &c. ff. de verb. obli.* Atqui res ipsa impedit modo, ne solutio confestim vel intra certum tempus fieri possit, non etiam efficit, adeoq; nec efficere potis est, ut ad eum ipsum diem, quo primum solutio fieri poterit, solvendi necessitas incumbat, & æstimatio referri debeat: hæc enim duo posteriora, quæ se mutuo comitantur, ex necessitate juris demum dependent, quæ nemini citra legis vel hominis dispositionem imponitur, *§. 1. inst. de obligat.* Quintò: quia obligatio cui tacite modo tempus inest, pura est, non in diem, *d. l. interdum: & satis etiam patet ex d. l. eum qui, §. quoties,* ubi ICtus à regula, in obligationibus puris sive diem non habentibus præsenti die pecuniam deberi, perperam exciperet huiusmodi obligationem, nisi puris illa, non autem obligationibus in diem subesset, siquidem oportet exceptionem esse de regula. *Dec. in l. 1. n. 20. ff. de reg. jur.* Verum in obligationib9 puris ad diem, qui præcesserit petitionem sive interpellationẽ referri nõ potest æstimatio, ut ex *d. l. vin. & l. ult. ff. de cond. trit. & not. utrobiq; per Dd.* liquet. Igitur & in obligatione, cui tacite modo tempus inest, ad eum diem,

quo

quo primum solui potest, cum præcedat petitionem, æstimatio reduci minime poterit. Sexto: Quia si dies, quo primum solui potuit, in mora debitorem constitueret, & in æstimatione ineunda foret attendendus, omnino sequeretur, longe durius agi cum impedito, eumque grauius ad solutionē vrgeri, quam non impeditum, & illius longe deteriorem, quam huius esse conditionem, siquidem hic etsi diutissime cessauerit soluere, nihilominus est immunis ab æstimatione quanti plurimi, vsque dum creditor ab ipso vel in iudicio vel extra iudicium petierit: cum è diuerso qui soluere ab initio non potuit, simul atq; cessaret impedimentum, ad eam teneri inciperet, ipsoque iure moram incurreret: Consequens vero minime consentaneum iuri, quod impeditis ea quæ communiter alijs competere dignoscuntur, denegare tantum abest, vt ex æquitate quā plurima, quæ cæteris plane denegat, eis auxilia tribuat, *l. 2. ff. si quis caut. l. 1. cum simil. ff. ex quib. caus. min. l. & Attilicinus, ff. de seru. rust. l. 1. in fi. C. de annal. except. & alibi passim: Alcia. in l. quod te, ad verbo. in potestate, vbi post alios Bolog. nu. 74. & seqq. ff. si cert. pet. Loriot. in apic. tit. de cura, ax. 3.* Ergo nec antecedens erit iuri consentaneum. Septimo: Si ad diem, quo primum solui potuit, æstimationem reduci oporteret, sequeretur, impedimentum ab initio solutioni obligat. obstans id posse, quod nec legis nec hominis dispositione fieri potuisset: Hominis enim aut legis obligationē inducentis dispositione non efficitur, vt ad certum diem, qui præcesserit interpellationem, æstimatio referatur, nisi tale quid in obligatione nominatim fuerit prouisum, aut certus solutioni dies destinatus, *d. l. vin. l. 2. C. de iure emphyt.* cum tamen etsi neutrum sit cautum, nihilominus impedimentum, simul atque desineret, eo ipso efficeret, vt obligatus illico nō soluens, ad æstimationem, si pluris eo tempore sit, nondum interpellatus teneretur. Quia vero consequens absurdum videtur, antecedens etiam tale sit oportet. Octauò suffragatur tex. *l. si Calend. ff. de re iudic.* vbi pro regula traditum reperitur, ex eo tempore æstimationem fieri debere, quo nouissime solui potuit: Cui cum sit plane contrarium, & è diametro aduersari videatur id tempus, quo primum solui potuit, vtique debita res ex eo non erit æstimanda. Denique pro hac parte apprime facit manifesta iuris regula, spectandum esse, quanti res tempore litis contestatæ fuerit, *l. vinum, l. cum fundus, in p. ff. si cer. pet. l. vlt. ff. de cond. trit. l. hominem, ff. mand. l. 2. ff. de vsur.* a qua cum diem, qui obligationi tacite inest, exceptum esse, nondum sit euidenter ostensum, prout exceptum esse constat diem hominis aut legis dispositione expressa solutioni destinatum, *d. l. vin. & d. l. vlt. l. 2. C. de iure emphyt.* & tempus interpellationis extraiudicialis in mora constituentis, *d. l. hominem, l. si ex legati, ff. de verbor. oblig.* erit huic regulæ casu nostro firmiter inhærendum, *Bald. in l. si tutor, in fi. C. de seru. pig. dat. manum. Ias. in l. dedi, §. 1. num. 4. ff. de condic. caus. dat. Dec. post gl. in l. 1. nu. 6. & 7. ff. de reg. jur. Bolognet. in l. quod te, num. 61. vers. tamen mihi, & num. 62. ff. si cer. pet.* Nam quæ pro communi adduximus, eam sufficienter haud probant, diluiq; facile possunt. Præcipuum eius fundamentum est *l. idem erit, ff. de verb. obl.* ex qua si necessario cōmunis opinio inferretur siue concluderetur, pari quoque necessitate statuendum foret, tempus existentis cōditionis, de quo non minus in præcedenti lege, quam de die solutioni destinato actum fuerat, esse quo ad æstimationem attendendum, adeoq; debitorem ipso jure in mora constituere: quod cum plerique interpretū contendant esse falsum, nec ex *d. l. quoties in diem, ff. de verbor. oblig.* vlla necessitate inferri, conficitur hoc ipso, sententiam de die, quam tacite recipit obligatio, quo ad æstimationem spectando per *d. l. idem erit*, firmiter haud comprobari. Iam vero tex. *d. l. idem,*

idem, eius temporis æstimationem spectari jubet, cum peti potest. Quis autem neget, peti posse quouis tempore, quod eum diem sequitur, quo primũ potuit in locum perveniri: ut vel hinc evidens nostræ sententiæ præbeatur argumentum, nõ magis ad diem, quo primum solvi potuit, quam ad subsequentia tempora æstimationem esse referendam. Quod autem subijcitur, peti posse, quo primum in eum locum perveniri poterit, neutiquã eo restringitur præcedens dispositio: alioqui nõ modo frustra fuisset ICtus illis verborum ambagibus usus, verum etiam sine dubio notam repræhensionis incurrisset, qui generaliter decidisset, eius temporis æstimationẽ esse, cum peti potest: nec tamen eo minus ab ea decisione tempus id ferme totum excepisset, eamq; ad primum illius temporis diem restrinxisset, contra *l. regula, & ibi not. per Dd. ff. de reg. jur.* Imo si definiret ultimis verbis, quod sit id tempus, quo peti potest, falsa procul dubio definitio foret, cum sit certissimum quolibet alio tempore sequenti peti posse. Quò fit, ut verbis illis initium temporis eius indicarit, quod solum, quoad dignoscendum temp9, quò peti potest, maxime necessarium, non tantum ut intelligatur, quousq; tempus obligatione tacite contentum, intra quod petere non licet, sese extendat, verumetiam quia ubi quid semel peti posse cœpit, non nisi postea perimatur obligatio, peti posse definit, *l. obligationum fere, §. placet, ff. de act. & oblig. l. si seruum, cum simil. ff. de verbor. oblig.* Quo sensu contextui verbisq; maxime congruo verissimum, quod Vlpianus ait: cum ex eo demum tempore, quo primum potuit in locum perveniri, facultas creditori competat exigendi sive petendi debitum, tam eo ipso, quam quolibet alio tempore sequenti: Verum nihil hoc sententiæ communi patrocinatur, potius eandem evertit. Quod secundo loco afferebatur ex *l. 2. C. de jure emphyt. l. uni. §. exactio, vers. sin autem, C. de rei ux. act. c. licet canon, de elect. in 6.* non quidem negatur, lapsu temporis illis legibus præfiniti debitorem citra interpellationem in mora constitui, eoq; nec immerito conceditur, illic æstimationem, quoties ineunda, referri ad idipsum tempus oportere: Verum illi textus propterea nihil ad rem faciunt, quia controvertitur de tempore solum tacito, quod etsi nec legis nec hominis dispositione sit præfixum, reipsa tamen obligatio tacite recipit, cum in præcitatis textibus tale subsit tempus, quod lege nominatim præstituitur, & quidem ita, ut intra illud solutio fiat, alioqui si foret absque dispositione legis expressa, nihil obstaret, quo minus ante tempus tam peti quam præstari posset. De hoc tempore, & jam ante in ampliatione proxime præcedenti docuimus, & vix quisquam dubitat, idem juris esse, quod de tempore hominis dispositione nominatim apposito, cum & eadem, vel potius maior sit legis quam hominis potestas, & eadem in hoc tempore legalis ratio subsit, adeoque fundamenta contra communem adducta pariter in utroque tempore tam legali, quam hominis dispositione adjecto procedant, ut cuivis ea consideranti pateat. Nec oberit, si dixeris, legale quoq; tempus, quantumvis lege nominatim præstitutum, esse tacitum, quandoquidem inest obligationi, etsi disponens sive contrahentes id obligationi nominatim non apposuerint, *l. cum quid, ff. si cert. petit.* alioqui si quod ex legis dispositione tempus inesse obligationi dignoscitur, omne dicatur expressum, oportebit etiam tempus obligatione re ipsa tacite comprehensum perhiberi expressum, quippe quod inesse obligationi oportere, non una, sed plures leges disponunt. Observandum enim, quod etsi tempus expressa legis dispositione nominatim adjectũ catenus quandoque dicatur, rectoq; dici possit tacitum, quatenus inest actui sive contractui, licet ab agente sive contrahentibus dictum non sit, tamen hic

agi

agi eo de tempore, quod est omnino tacitum, hoc est, quod nec lex, nec homo apposuit, sed res ipsa, locus, aut alia rei circumstantia induxit & importavit, propterea, quod eo nondum exacto solvi quod promissum est, non possit, *l. cum qui, §. quoties, l. interdum, l. inter stipulantem, §. sacram, vers. vivi autem, l. continuus, § cum ita, ff. de verb. obli. §. loca, inst. d. t.* Hoc vero inesse obligationi quantumvis in legib. relatis asseratur; non tamen propterea inest ex legis dispositione, sed leges illæ, quod jam ante reipsa inerat, inesse modo testificantur atq; declarant, ut ex ipsis textibus allegatis abunde liquet. Præterea si maxime absq; illo discrimine foret, quia tamen hoc tempus ex necessitate indulgetur, nec æque ut illud alterum solutioni lege præstituitur; adeoque pluribus alijs ab eo modis satis secernitur, nil mirum, si non idem utrobiq; jus obtineat. Ex quibus simul ad tertium solutio paret, siquidem in proposito propter evidentem diversitatis rationem, pluribus approbatam taciti non est eadem vel æqua vis atque potestas, quæ expresse, *D.d. in d. l. cum quid, ff. si cert. petit. & in l. expressa; ff. de regul. jur. Euerh. in loc. ab expres. ad tacit.* Nam quod quarto loco ex adverso pretenditur eadem subesse ratio, nullo negotio removetur. Sive enim respiciamus, quæ sit efficiens caussa principalis, cur dies solutioni destinatus ipso jure debitorem in mora constituat, eoq; sit quo ad æstimationem attendendus, non videbitur alia, quam ipsamet dispositio legis aut hominis protinus ab initio denunciantis atq; constituentis eo die solutionem fieri omnino debere: Sive principalem finem spectemus, is demum reperietur, ut obligatus diem destinatum tanto fortius observet, nec ultra eum procrastinet impune solutionem: Prævisio vero sive scientia illius diei, sicut ipsa per sese neminem astringit ad solvendum certo die, ita nec ex consequenti quenquam in mora constituere potis est, multoq; minus eo fine diei lapsu debitor in mora constituitur, ut dies ille prævideatur atque sciatur: Quo fit, ut isthæc ratio minime videatur esse caussa principalis, eoque si maxime subesset utrobiq;, non tamen idem jus utrobiq; constitueret, quippe quod caussa modo principalis, non etiam impulsiva sive minus principalis potest, *Jas. in l. 1. § si is qui, num. 13. ff. ad Trebell. Bolognet. in l. omnes pop. n. 236. ff. de just. & jur.* Verum enimvero etiamsi largiremur, allegatam rationem esse principalem, non impulsivam, attamen si rectius advertamus, eam non utrobique pariter militare facile depræhendemus. Namq; constat Imperatorem loqui de notitia sive prævisione saltem eius diei, ante quem alioqui debitor ad requisitionem debitoris solvere tam potuisset, quam debuisset, cuiusve adjectione tacite agitur, ne ultra eum debitor impune solutionem differre possit: cum non modo de tali die illic ex professo agat, sed & per visionem interpellationis sive monitionis quodammodo vicẽ subire cõtendat, eoq; sicut interpellatio, ita & prævisio tempus id, quo novissime solvi potest, importet atq; constituat: Sed cum obligationi reipsa tempus inest, utcunq; dies, quo primum solvi possit, sub dubio sciri possit, antea tamen ostensum, eum diem solutioni nec tacite nec expresse destinatum esse, ut proinde ratio *d. l. magnam*, ad propositum haud quadret: Alloqui si diei solutioni non destinati, quo tamen debitor ad solvendum præparatus esse potuit, prævisio sufficeret, ne quidem puris in obligationibus interpellatio necessaria fuerit, vel eo magis, cum in eis quoq; modicum tempus præparationi concedatur, quod quisq; prævidere possit, *l. quod dicimus, ff. de solut.* Ad ultimum respondetur, creditorem non propterea, quod debitori ad certum usque diem dilationem indulsit, in eo sublevari, ut citra ipsius interpellationem lapsu temporis in mora debitor constituatur,

alioqui cum idem creditor non exigendo ſive non interpellando debitorem pure obligatum, tacite facto ipſo dilationem indulgeat, pari ratione ſubleuandus æque foret, ut eſſluxo quopiam tempore ſine interpellatione debitor pure obligatus in mora conſtituatur, ſed ea de cauſſa dies pro illo interpellat, quia cum debitore ſuo conuenit, eoq; ipſo protinus debitori denunciauit, ut illo die, quem præſtituit, ſolueret: Quod cum is creditor, qui nullam dilationem indulſit, minime fecerit, etiamſi uſq; in eum diem, quo primum præſtari potuit, expectare coactus fuerit, certe nil mirum, ſi tacitus ille dies pro eo nec interpellet, nec in æſtimatione ſit attendendus, *c. cum ceſſante, de appell. & ſimil.*

21 Cœterum † etſi hæc in obligatione dandi ita ſeſe habeant, attamen opinio communis abſq; dubio procedit in obligatione faciendi, quando reipſa dilationem ea recipit, ob factum ſcilicet ſucceſsiuum, cui expediendo tractus aliquis temporis eſt neceſſarius. Etenim ſimul atq; tranſierit tantum temporis, intra quod fieri potſit, quod promiſſum eſt, protinus obligatio citra interuenientem interpellationem committitur ad intereſſe ex eo ipſo temporis lapſu æſtimandum: *Gl. in l. ſtipul. non diuid. §. ult. ubi maxime Ioan. ab Imol. num. 26. & cæteri Dd. ff. de verb. obl. Bart. in l. ſi ſtipulatus ſim, ubi Ioan. ab Imol. & Caſtr. num. 1. & 2. Alex. num. 2. Iaſ. num. 7. Alciat. nu. 7.* communem *ducens, Donell. n. 1. ff. d. l. Bart. in l. interdum, in pr. verſ. ſed quantum ad hoc, ubi late Donell. ff. d. l. Bart. in l. ita ſtipulatus, n. 40. ff. eod. Caſtr. poſt alios in l. ſi inſulam, n. 2. ubi Alex. n. 3. Iaſ. n. 3. Bolognet. n. 19. 48. & 49.* communem *perhibens, ff. eod. Loriot. in apic. tit. de mora, ax. 12. Ferret. de mora, num. 26. verſ. hac autem M. Ant. Bauer. de mora, p. 2. num. 15. Ioan. Saport. de mora, c. 2. num. 31. 32. & 64. Decius conſil. 2. n. 6. verſ. ſecundo aictum, Crauet. conſ. 192. num. 17. vol. 1. ubi plures ex conſulentib. allegat. Natta conſ. 50. n. 3. tom. 1. Anton. Fab. lib. 6. conject. c. 7. in pr.* Quæ ſententia ſingulis ferme textibus, quibus ſub *tit. ff. de verb. oblig.* fit mentio temporis expediendo facto ſucceſſiuo neceſſarij comprobari non obſcure poteſt. Primum enim Pomponius ait, Celſo placere, non ante agi, videlicet ad id quod intereſt, poſſe ex obligatione facti ſucceſsiui, puta, domum vel inſulam ædificari, quam tempus præterijſſet, quo fieri, hoc eſt, inſula vel domus ædificari poſſet, *d. l. ſi ita ſtipulatus ſim, ff. de verb. oblig.* quo ſignificatur aperte, quamprimū tempus id præterijt, ex ea cauſſa confeſtim ad id quod intereſt agi poſſe, *l. 1. & ibi not. per Dd. ff. de off. eius cui mand.* Certum autem eſt, in obligationibus faciendi ad intereſſe agi non poſſe, niſi per debitorem ſteterit, quo minus fieret, ſive quod in idem recidit, commiſſa fuerit ſtipulatio, *l. ita ſtipulatus, l. inſulam, cum ſimil. ff. de verb. oblig.* Ac licet interpretum plurimi ſentiant, creditorem in obligatione faciendi poſſe ad factum agere, alijs contra negantibus, (quod præſentis non eſt diſceptationis) attamen Pomponij reſponſum tam ſecundum illorū, quam horum ſententiam de actione ad intereſſe venit accipiendum, cum & inter illos expeditum videatur, tam ad factum, quam ad intereſſe non niſi commiſſa ſtipulatione agi poſſe, *Bart. in l. ſtipul. non diuid. q. 7. ubi poſt antiquiores Bolognet. num. 208. ff. de verbor. oblig. Aret. in d. l. ſi ita ſtipul. ſim. n. 1. ubi Alex. num. 3.* Quibus tandem conſequens eſt, æſtimationem eius quod intereſt agentis, ad illud tempus eſſe referendam, quo fieri debuit, *l. qui autem, §. illud, ff. ſi quis caut. l. ubi exigitur, ff. de edend. & ſimil.* Secundò *tex. eſt egregius in d. l. ſtipul. non diuid. §. ult.* quo profitetur Vlpianus, etiam ante, quam tantum temporis præterierit, quanto fieri, quod promiſſum eſt, poſsit, moram fieri, ſi non in perficiendo ſive conſummando, ſaltem in inchoando opere ſeu facto: Ex quo non tantum ſimiliter, ut ex priore, verumetiam alia quoq; ratione licet argumentari: Si foret interpellatio in facto ſucceſ-

ſiuo

ſtuo neceſſaria, oporteret eam adhiberi vel ante vel poſtea quam tempus id præterijt, intra quod fieri potuit. Atqui non intervenit ante, cum obligatio ex reipſa dilationem capiat, ut expectare teneatur creditor, uſque dum per rerum naturam præſtari poſsit, *l. interdum*, *l. inter ſtipul. §. ſacram, ff. de verbor. oblig.* ac ſi maxime interpellaſſet eo tempore nondum elapſo, tamen ea interpellatio, quod ante diem obligatione tacitè contentum fit, nequit in mora conſtituere, vel efficere, ut obligatio committatur ante diem ad intereſſe ex tempore commiſſæ obligationis æſtimandum, *l. cum filiusf. §. ult. ff. de verb. obligat.* Poſtea vero cum tempus id præterijt, interpellatione nihil amplius opus, cum tantum abſit, lapſu temporis illius in mora debitorem non conſtitui, ut etiam ante lapſum incipiat mora operi ſeu facto expediendo fieri, *d. l. ſtipul. non diuid. §. ult.* Tertiò ſuccedit Pauli reſponſum *in l. interdum, ff. de verb. oblig.* Ait ICtus in obligatione faciendi ex reipſa dilationem capiente, tunc incipere actionem, cum ea per rerum naturam præſtari poteſt: Poteſt autem factum, & quidem perfectum atq; conſummatum procul dubio præſtari, quam primum finitur tempus, quo fieri poſsit: Quod ſi tunc incipit actio, ut ait ICtus, neceſſe eſt, tum quoq; diem promiſsionis ſive obligationis cedere, *l. cedere, ff. de verb. ſignif.* quem tamen conſtat non prius cedere in obligatione faciendi, quam per debitorem ſteterit, quo minus fieret, adeoq; propter ipſius fruſtrationem ſtipulatio ad intereſſe commiſſa fuerit, *per tex. d. l. ſtipul. non diuid. §. ſi quis ita, & §. ult. l. inſulam, ff. de verb. oblig.* Non eſt igitur neceſſaria interpellatio, quæ nec ante cum effectu intervenire poteſt, *d. l. cum filiusf. §. ult. ff. eod.* nec poſt, cum eo ipſo, quia tempus quo fieri potuit, prę̨terit ſeu finitur, protinus incipiat actio, *d. l. interdum.* Quartò liquet idipſum ex *l. ſi inſulam, ff. d. t.* qua cum Paulus aſſerat, poſt lapſum temporis, quo facere potuerit, quamdiu lis non eſt conteſtata, poſſe facientem liberari, aperte præſupponit & indicat, non interpellatione, ſed lapſu prædicti temporis obligationē committi ad intereſſe ex eodem tempore æſtimandum, cuius tamen a præſtatione poſsit obligatus faciendo ſeſe liberare: Alioqui ſi lex aliter acciperetur, & prorſus indubitabilis eſſet, & plane redundantia nec non ſupervacanea forent verba, *& tranſierit tempus, quo potuerit facere*, quæ tamen non abſq; myſterio appoſita videntur: Quinimo concludendum eſſet, in caſu contrario, quando non tranſijt tempus, quo potuerit facere, non poſſe facientem liberari ante litem conteſtatam; quod eſt abſurdum, *l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. oblig.* adeoq; ſtatuendum foret, propterea nihil obligato prodeſſe, ſi poſt litem conteſtatam faciat, quia commiſſa jam fuerit obligatio faciendi: ac proinde, quia tunc etiam, quando poſt interpellationem extrajudicialem per obligatum ſteterit, quò minus faceret, commiſſa eſſet obligatio, pari ratione ſequeretur, idē tunc quoq; juris eſſe oportere *per d. l. ſi inſul.* quod falſum eſſe interpretes ibidem agnoſcunt. Quintò textus habetur *in l. exiſtimo, §. ult. ff. de V. O.* quo cum ſimiliter indicetur actionem ad intereſſe naſci, quam primū tantum temporis, quo fieri potuit, præterit, iiſdem plane modis induci poteſt, quibus paulo ante *d. l. ſi ita ſtipul. & d. l. interdum*, pro hac ſententia expendimus. Sextò traditur in *l. continuus, §. item qui inſulam, ff. de V. O.* ſi non inchoetur factum, æſtimandū eſſe, quod effici potuit in illo intervallo, quod ſcilicet poſt contractam obligationem inchoari ceſſauit; nam de tempore contractū proximo & immediate ſequēte toto §. loquitur atq; diſſerit ICtus: Hoc vero nō æſtimari poſſet, ſi neceſſaria eſſet interpellatio, quia nondū interpellatꝰ debitor impune differt obligationi ſatisfacere *l. Titia textores, §. ult. ff. de lega. 1.* Rurſus ibidē traditur, intra id tempus, quod expediēdo facto ſufficere dignoſcitur, factum

factum consummari oportere: quo cum designetur manifeste nec non, imponatur necessitas expediendi factum intra dictum tempus, & sit juris indubitati, quoties ad diem certum, vel intra certum tempus exolui quidpiam, sive præstari fierive necesse est, lapsu temporis illius citra interpellationem committi obligationem, & ex illo tempore æstimari debitum, *l. si Calendis, ff. de re jud. & sim.* consequens est, prædicto tempore, quod consummando facto præstituitur atque sufficit, transacto protinus committi obligationem faciendi ad interesse ex eodem tempore æstimandum: quod eo loci non obscure ICtus ipse indicat, quando ait, eo tempore transacto reum si faciat, ita liberari, sicut in obligatione dandi reus post moram offerendo liberatur, *l. interdum, §. ult ff. de verbor. oblig. l. qui decem, in pr. ff. de solut.* tandem probatur etiam *textu l. cum patronus, in pr. ff. de oper. libert.* ubi ICtus non modo contendit esse peculiare, ut in operis officialibus vel incertis patrono permissis, quarum pleræque successiuis factis subesse videntur, necessaria sit interpellatio, sed & rationem cæteris factis successiuis haud competentem assignat: Unde necessario concludendum videtur, in factis successiuis non esse opus interpellatione, sed obligationem committi, simul atque præteriit tempus, quo consummari oportuit, *arg. l. quod vero, cum seqq. ff. de legibus l. quod contra, ff. de regul. jur. cum sim.*

22 Etsi† vero ex adductis locis abunde constet hac in parte sententiæ communis veritas, adeoque diuersitas juris inter obligationes dandi & faciendi tacite reipsa dilationem recipientes luculenter defensa, inquirendum tamen in istius diuersitatis rationem, quam *Donell. in d. l. interdum, num. 3.* hanc esse putat, quod obligatio faciendi citra moram committatur ad id quod interest, ex tempore commissæ obligationis æstimandum, quandoquidem in obligatione faciendi tum demum, quando committitur obligatio, agi posse, *d. l. stip. non diuid. §. ult. cum l. seq. & l. existimo, §. ult. ff. de verb. obl.* & actionem quidem non ex mora, sed ex contractu subsistente, & quidem semper ante moram nasci tam in obligatione pura, quam conditionali vel in diem ostendit ille *loc. præcit.* Verum Donelli ratio tuta non videtur, quia contrarium, videlicet, non absque mora obligationem faciendi ad interesse committi, non modo interpretes omnes amplectuntur, ipso Donello teste *ind. l. interdum, num. 2.* & inprimis pro sententia communi proxime adducti: sed clare quoque probatur, cum *per d. l. stip. non diuid. §. ult.* disertis verbis asserentem, tunc agi diemq; obligationis cedere, ubi cœperit mora fieri: tum etiam, quia non aliter, quam si non fuerit factum, committitur obligatio faciendi, *d. l. stipu. non diu. vers. Celsus. l. si quis ab alio, ff. de re jud.* Non vero fuisse factum, dici nequit, nisi per obligatum steterit, quo minus faceret, ac per consequens is in mora fuerit, *l. hominem, ff. mand. fac. l. 1. ff. de pena lega.* Quod autem ex obligatione, non ex mora nascatur actio, potest id quidem admitti, sed inde non efficitur, obligationem faciendi citra moram committi, cum ne quidem in obligatione dandi, si sit in diem, ante moram peti possit, *l. eum qui, §. quoties, ff. de verb. obl. cum sim.* Et quidem si diligentius obligatio faciendi expendatur, non aliter in ea comparatum videtur, quam in dispositione siue conuentione, qua res quidem pure promittitur sive relinquitur, sed continuo subiungitur, si non detur illa, quidpiam aliud præstandum esse: Sicut enim in tali obligatione posterius illud, quod sub conditione demum promittitur sive relinquitur, non ante deberi solet, quam debitor in mora fuerit implendi conditionem, ut sunt clari *tex. in l. si penum, ff. quando dies lega. vel fideic. l. 1. §. item si ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. de penu leg. l. ita stipulatus ff. de ver. obl.* Ita cum in obligatione faciendi non nisi sub illa quasi conditione, si factum à debitore non fuerit, id quod

id quod intereſt in obligationem venire intelligatur, non ante poteſt id ipſum deberi, quam ſit debitor in mora faciendi fuerit, *jur. pract.* Cum igitur in obligatione faciendi duo ſint, in quibus mora poſsit adhiberi, factum & id quod intereſt, non poterit ratio Donelli ſubſiſtere, ſiue de fruſtratione circa id quod intereſt præſtandum, ſiue de mora circa faciendum intellexerit. Illud enim ſi ſentit, verum quidem citra moram illam committi obligationem faciendi. Sed quid iſthæc ratio facit ad propoſitum? Futurus enim & quidem adhuc incertus moræ circa ſolutionem eius quod intereſt, interuentus aut defectus, antequam actus ſubſit, effectum producere, vel quid operari nequit, *l. verum eſt, §. ult. ff. pro ſoc. l. ſi ſeruum, §. ſi modus, ff. de act. emt.* cum effectus nequeat ſua cauſſa prior eſſe, ſecundum vulgatum Logicorum axioma: Et in propoſita difficultate circa factũ promiſſum ſolummodo quæritur, cur ſi non fiat illud intra tempus, quo fieri potuit, committatur obligatio: vt proinde rationẽ quoq; facto probe congruere, eiq; ſubeſſe oporteat, cum tamen à Donello tradita ratio ſaltem ei quod intereſt, non item facto conueniat. Sin vero, quod eſt veriſimilius, moram circa faciendũ intellexit, manifeſte refellitur hæc aſſertio ſiue ratio per *d. l. ſi penũ, & ſim. mox allegat.* vel eo magis, cum Donellus ipſe oblig. faciendi legato penus, quod in ll. præcitatis exempli loco adducitur, ſimilimam eſſe contendat in *d. l. ſtipul. non diuid. nu. 40. ff. de verbor. obl.*

13 Arbitror itaq; rationem diuerſitatis in propoſito hanc eſſe, quod factum ſucceſsiuum non poſsit breui momento vel hora vel die præſtari, ſed ad id expediendum ſemper exigatur tantum temporis, intra quod commode fieri poſsit: quo fit, vt in obligatione facti ſucceſsiui, non modo ante quam tantum temporis prœterit, interpellatio iure fieri nequeat, ſed etiam tranſacto ſemel eo tempore deſiderari ſiue requiri nullo iure poſsit interpellatio, cum ſi neceſſaria poſtmodum foret illa ſuper facto præſtando, ſimul etiam neceſſe eſſet tantum poſt interpellationẽ temporis iterum indulgere, quanto factum expediri, perq; rerum naturam præſtari poſſet: ſiquidem interpellatione ſuper facto id ageretur, vt quod interpellanti nondum præſtitum ſeu factum eſt, deinceps præſtaretur ſeu fieret, ac proinde adhuc tantum temporis, quantũ expediendo facto neceſſarium eſſe dignoſcitur, competeret: *per tex. ad hoc not. in l. ſi quis filium, §. ſi ſtipulatio, ff. de collat. bonor.* Duplicatam vero tanti temporis dilationem ex admiſſa interpellationis neceſsitate omnimodo reſultantẽ, quæ ſimpliciter obligatione ſemel cõtracta nulla creditoris diligentia vitari vel imminui poſſet, indulgere vel admittere, neutiquam conuenit æquitati ſiue juris rationi flagitanti nihil magis, quam vt creditori, quando per rerum naturã præſtari poteſt ſine vlteriore dilatione ſatisfacere debitor teneatur, *l. cum erit, l. inter ſti. §. ſacram, verſ. pro quo, ff. de v. ob. obl.* multo minus quadrat intentioni diſponentis ſiue contrahentiũ, cum nec creditor vltra tempus expediendo facto communiter ſufficere ſolitum debitori gratiam fecerit, ſed potius abſque procraſtinatione fieri voluerit, nec debitor longius tempus expreſſe vel tacite reſeruarit ſibi vel exceperit ad faciendum. Vt omittam, quod plane fruſtratoria, & ad eludendum creditorem apprime accommodata foret gemina illa prolixi temporis dilatio, cum nec ea quidem finita creditor eſſet vlla ratione compos futurus facti, quippe ad quod præciſe præſtandum ſiue expediendum debitor cogi regulariter nequit, *Dd. in l. ſtip. non diuid. verſ. Celſus, poſt tex. ibid. ff. de ver. obl.* Longè ſecus in obligatione dandi comparatum, in qua datio per ſeſe breui momento expediri poteſt: quo fit, vt quam primum impedimentum vel ob rem nondum exiſtentem, aut propter locum adiectum aliasue

alia sue circumstantias ab initio dationem aliquandiu suspendens, desiit subesse, deinceps quouis tempore cōfestim res dari posit: eoque nec mirum videri potest, post impedimenti cessationem adhuc esse de jure tali casu necessariam interpellationem: quę sive protinus, cum dari posse cæpit, sive subsequenti demum tempore, quandocunque creditori libuerit, interuenerit, confestim soluere debitor siue dare tam potest, quam debet, *l. mora, ff. de vsur. l. 1. §. item si, ff. ad leg. Falcid. l. si ex legati, ff. de ver. obl.* Quib. Ita constitutis nihil obstant hic eæ rationes, quibus paulo ante communem sententiam de lapsu taciti temporis in obligatione dandi morā inducente oppugnauimus. Nam quod primum attinet, quamvis in dispositione sive contractu non semper expresse caueatur, vt intra tempus facto communiter sufficere solitum, expediatur illud, attamen illo tempore factū consummari sive perfici oportere, nō modo nominatim legibus disponitur, *tex. not. in l. continuus, §. item qui insulam, ff. de verbor. obl. & simil.* verum etiam tacitè ab ipso disponente sive contrahentibus, quippe qui nihil minus voluerunt, quam transacto tempore, quo fieri potuit, adeoque debuit, denuo vel sæpius tantum temporis frustra concedere facto, ad quod expediendum sive præstandum debitor inuitus compelli vix potest, *secundum not. in d. l. stipul. non diuid.* Cum itaq; satis ex dictis pateat, ad tempus intra quod expediri commode potest, facti præstationem siue consummationem esse restrictam seu coarctatam, colligitur hinc, tantum abesse, vt secunda ratio nobis obstet, vt potius ex ea pro sententia, quam tuemur, firmiter inferri queat, necessario simul & in consequentiam id actum videri, vt quatenus & quanti tunc temporis interfuit creditoris, æstimetur; *l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. ubi exigitur, ff. de eden.* Similiter hinc etiam apparet intentionem tertio loco consideratam, in obligatione faciendi non eam solam esse, ne debitor, si denegetur ei tempus facto successiuo necessarium, ad impossibile teneatur, sed cumprimis hanc etiam, vt intra tempus illud expediatur atq; consummetur, *d. l. continuus, §. item qui, cum concord.* vt proinde nec legis nec partium intentioni satisfiat, nisi quo fieri debuit atque potuit, tempore factum expediatur. Sic ad quartum rectè dicitur, etsi res ipsa sive objectum efficere nequeat, vt intra certum tempus solutio fieri debeat, in obligatione tamen faciendi legis clara dispositio, tacitaque partium conuentio, necessitatem expediendi intra tempus, quo fieri potest, inducit & imponit, *per prædicta.* Circa quintum, non negatur, obligationem facti successivi puram esse, *l. interdum, ff. de verb. obl.* Verum quia semper in ea tacite cautum subintelligitur tam de jure, quam ex præsumta disponentis siue contrahentium voluntate, vt intra tempus, quo fieri potest, perficiatur, fit, vt eo tempore transacto nō nec esse sit secundū regulam *d. l. vtr. & d. l. vlt. ff. de condic. trit.* in obligatione dandi constitutam expectare tempus petitionis siue judicialis siue extra judicialis, sed protinus committatur obligatio ad interesse ex tēpore commissæ obligationis ęstimandum, *d. l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut.* Quod autem, prout sexto arguitur, quodammodo melior futura sit conditio non impediti, quā impediti præter intentionē cum legis tū hominis ex accidenti evenit, dū provisio legis vel hominis principaliter eo tendit atq; dirigitur, vt altera temporis alias prolixi dilatio pręcidatur, maiusq; devitetur incommodum; Solet autem cumprimis id inspici, & in consideratione esse, quod principaliter fit, non etiā ea, quę ex accidenti præter intentionem veniunt, *l. nauis aduersa ff. ad leg. Rhod. de jac. l. 1. in pr. ff. de aut. tut. Dd. in l. si quis nec causs. in pr. ff. si cer. pet. & in l. cum principalis, ff. de reg. jur.* & multa permittuntur in consequentiam, quæ per sese principaliter non admitterentur,

rerentur. *l. si vnus*, *§. illud*, *ff. de pact. l. si sponsus*, *§. generaliter*, *ff. de don. int. vir. & vx. l. quoties*, *ibi Bar. & Dd. C. de jud. l. hanc legem, cum seqq. ff. de contr. emt. Donell. lib. 9. comm. de jure civ. c. 21. vers. nam & jus emphyt. ibi excipiendi ratio, Reuberus de test. ib. p. 2. nu. 5.* & alioqui constat, semper id in dubio præferendum, quod est minus præiudiciale. *Castr. in l. 1. ff. si quis caut.* et eligendum, quod minimum habet iniquitatis, quoties nihil sine captione inuestigari potest. *l. quoties nihil, vbi gl. Dec. & reliqui, ff. de reg. jur.* Nec est septimò verendũ, ne impedimẽtum in obligatione facti successiui possit id, quod legis aut hominis dispositione fieri nequiuisset, siquidem quod ante tempus expediendo facto necessarium nequit illud per rerum naturam præstari, nõ est id in caussa, nec efficit, vt lapsu temporis illius obligatio committatur, sed vt sæpius dictum, manifesta legis determinatio in præsumtà disponentis aut contrahentium voluntate non obscure fundata, tale quid constituit, cui nec immerito standum, *l. 1. ff. de pact.* Cumque nouissime possit impune solui tempore committendæ obligationis, ac proinde per illam legis in proposito dispositionem tempus quo primum consummari factum poterit, cum tempore quo nouissime solui potest, plane coincidat, & cum eo vnum idemque sit, efficitur hinc, secundum regulam, *l. si Calendis, ff. de re jud.* quæ octauo loco adducebatur, id ipsum tempus in obligatione facti successiui quo ad æstimationem esse attendendum. Nec est novum in jure, vt quæ tempore sunt alioqui disiuncta, nonnunquam in vno eodemq; tempore coincidant atque concurrant, *l. singularia, ff. si cer. pet. l. licet, §. quoties, ff. de jure dot. l. 3. §. vlt. ff. de don. int. vir. & vx.* vti nec est inconueniens, vnum idemq; tempus esse quo primũ, quoue nouissime solui potest, cum isthæc opposita diuerso respectu tribuantur ei atq; conueniant, prius quidem respectu temporis anterioris, quo nondum consummari potuit, alterum respectu posterioris temporis, quo mora semel contracta durat: rursusque respiciat illud facti successiui naturam propriàmq; conditionem, & ab illa dependeat, hoc soluendi necessitatem ad id tempus partim a lege, partim ab homine relatam atque coarctatam. Tãdem á regula de spectando tempore litis contestatæ nostrum casum esse exceptum, satis opinor, in præcedẽtibus ostensum fuit. Porro † pro extensione huius sententiæ simul obseruandum, etiam tempore, quo factum oportet esse consummatum, 14
nondum transacto, quam primum cœpit in faciendo mora fieri, agi posse, ac proinde etiam committi obligationem facti successiui ad interesse ex eodem tempore, quo videlicet ob moram protinus obligatio committitur, æstimandum, vt est textus singularis *in d. l. stipul. non diuid. §. vlt. ubi Dd. ff. de verb. obl.* quem Ioannes cum *l. si ita stipulatus, & simil. ff. d. t.* ita componit atque conciliat, vt cum cœperit in faciendo mora fieri, protinus quidem non expectato temporis totius ad expediendum factum necessarij lapsu agi possit *per d. l. stipul. non diuid. §. vlt.* verum non ad id, quod in solidum interest vel interesse potest creditoris, sed ad interesse modo particulare, vt loquuntur interpretes, hoc est, ad id quod interest creditoris, id esse tunc temporis, quo cœpit esse debitor in mora effectũ, quod in illo interuallo effici potuit: hoc enim perspicue liquet, tum ex ipsa frustrationis natura, quæ sicut moratori nocet omnimodo super eo, in quo morã fecisse dignoscitur, *l. quod te, ubi Dd. ff. si cer. pet.* sic eundem teneri de eo, in quo moram nondum fecit, minime patitur, *l. Scia, ff. de usur.* tum, quia quod in illo interuallo effici potuisset, id solum per rerum naturam pręstari tunc potuisset, non etiam factum ipsum perfectum atq; consummatum, vt proinde neutiquam huius, sed illius tantum respectu potuerit adeoque debuerit eo tempore commiti obligatio,

tio. *l. interdum, ff. de verb. obligat.* tum
deniq; per tex. singularem *l. continu-
us, §. item qui, ff. de verb. oblig.* ubi Ve-
nuleius ait, si non inchoetur, id tan-
tum æstimari, quod in illo intervallo
effici potuit, hoc est, quantum credi-
toris interest, tunc id effectum esse,
quod eo temporis tractu fieri potuis-
set: Nam in obligatione facti non
tam ipsum per sese factū, vel inchoa-
tionem facti, quam quod creditoris
interest, æstimari, ampl. 3. monstra-
15 tum. Quando † vero agitur non ad
particulare, ut vocant, interesse, sed
ad id, quod in solidum creditoris in-
terest, ipsum per sese factum promis-
sum vigore obligationis esse præsti-
tum atq; perfectum, non ante licet in-
tentare actionem, quam præterierit
integrum tempus, quo facere atque
adeo consummare potuit ac debuit
promissor, *d. l. si ita stipulatus sim, & si-
mil.* Hanc Ioan. conciliationem am-
plectitur *gl. in d. l. stipul. non diuid. §.
ult. ubi Bart. dicens eam* omnes *tenere,
Joan. de Imol. num. 19. Ang. Bal. & Castr.
nu. 1. Alex. nu. 1. Ias. ante n. & sub fin. di-
cens* omnes *eam tenere, Zas. n. 3. Alciat.
nu. 1. dicens, quod hac sententia secundum
communem interpretationem* receptissi-
ma *sit, Duarenus, ff. de verb. oblig. Gl. in
l. existimo, §. ult. ubi post alios Bald. Castr.
Joan. ab Imol. nu. 4. Franc. Aret. num. 4.
& 5. dicens* communem, *Ias. nu. 5. ff. d. t.
Bart. in d. l. si ita stipulatus sim, num. 1. ubi
Castr. nu. 1. Ioan. de Imol. nu. 1. & 2. Alex.
n. 3. Ias. n. 6. & nouissime Donell. nu. 4. qui*
vulgo receptam *dicit, & egregie tuetur.
Bart. in d. l. continuus, §. item qui insul. ubi
Angel. Ioan. de Imol. nu. 8. & 9. Castr. n. 1.
& 3. Aretin. nu. 11. Donell. num. 4. Alciat.
n. 7. Zas. n. 5. ff. de verb. oblig. Lorioт. in l.
quatenus, §. superest ut alium, vers. ego sic
censendum, ff. de regul. jur. Bolognet. in d. l.
stipul. non diuid. in pr. num 200. dicens ita*
communiter *teneri, post Bart. ibid. q. 5.
n 30. Gilbertus Regius lib. 1. conciliationum
legum, c. 19. Sequitur etiam ex parte Ioan.
Robert. lib. 1. animaduersionum, c. 17. & in
notis ad notata Mercat. lib. 1. c. 17.* Obsta-
16 re † tamen videtur, quod domum æ-
dificari, insulam fabricari aut fulciri,
& id genus alia facta successiva, de
quibus *in legib. præcit.* agitur, sunt
individua, *l. stipul. non diuid. ff. de verb.
oblig.* ut proinde cum in facti successi-
ui obligatione dies cedit, quod Vl-
pianus tunc evenire asserit, ubi mo-
ra fabricandæ, puta, insulæ fieri cœ-
pit, non pro parte cedere queat, sed
totam cedere necesse sit: Cuius porro
consequens erit, nondum transacto
tempore, quod ad expediendum fa-
ctum est necessarium, committi obli-
gationem in solidum, & ad interesse,
quod vulgo totale nuncupant, pro-
tinus actionem competere secundum
Vlpiani sententiam. Quæ ratio mo-
uisse videtur *Cuiacium in d. l. si ita stipu-
latus sim*, ut repudiata communi conci-
liatione veram subesse crederet con-
tradictionem *d. l. si ita stipul.* cum *d. l.
stipul. non diui. §. ult.* quæ suborta fu-
erit ex dissidio Proculianorum, qui-
bus Celsus, & Sabinianorum, quibus
Vlpianus adhæserit. Verum etsi fa-
cta, de quibus hic disceptatur, indiui-
dua sint, ut hæredes debitoris omnes
in solidum teneantur, *l. in executione, §.
secunda ad opus, ff. de verb. obli.* nec in ul-
la vel minima parte liberatio contin-
gat respectu facti, quamdiu non est
consummatum, *l. & ideo, ubi præ cæteris
Fran. Aret. ff. de verb. oblig.* non tamen
hinc firmiter infertur, non posse pro
parte, hoc est, ita, ut deinceps etiam,
si quod vigore obligationis illius per-
agendum est, non fiat, peræque suc-
cessurus, diem obligationis cedere,
nec ad interesse particulare obligati-
onem committi. Namq; facta nega-
tiua non minus indiuidua sunt, *l. 2. §.
item si in facto, l. 4. §. Cato, l. in executio-
ne, §. quod si, cum simil. ff. de verb. oblig.*
nihilominus quoties plus quam semel
eis potest obligatus contravenire,
obligationes eorum ad interesse par-
ticulare committuntur, & sic pro par-
te dies in ijs cedit, *l. si si stipulatus, 133.
ubi Dd. ff. de verbor. obligat.* Quod si ve-
ro in his tale quid cum ob rationem
juris, tum propter legis decisionem
absque ulla dubitatione obtinet,
cur non idem jus in factis affirma-
tiuis

tivis successiuis receptum statuatur, quod & ratio iuris in ijs non dissimilis, & *tex. d. l. stipul. non diuid. §. vlt. iuncta d. l. continuus, §. item qui insul. ff. de verbor. obl.* non obscure flagitant: cum præsertim nihil hic dissimile deprænhendatur, quod tantam iuris diuersitatem queat importare. Factum in vna obligatione vnicum vtrinque conspicitur: Et vt negatiuum, sic & affirmatiuum successiuum continet in sese tempus, intra quod illud quidem non fieri, hoc autem fieri debeat: Rursus vt non semel, sed aliquoties euenire potest, vt quod in illius obligatione toto illo tempore non fieri debuit, contrà tamen fiat, ita nec semel, sed aliquoties in huius obligatione mora, quæ toto tempore tacite comprænhenso abesse debuit, adhiberi sine interuenire potest. Quin & hic & illic ante quam tempus, intra quod fieri vel non fieri debuit, integrum præterierit, non quidem in solidum, attamen pro parte creditoris interesse potest, scilicet ob id demum, quia cessatum sit aliquo tempore, nec factum, quod in eo interuallo effici potuisset, & omnino debuisset, *d. l. continuus, §. item qui*, aut factum sit, quod tunc non fieri debuit, *d. l. si sic stipulat.* Itaque cum obligatio facti negatiui non alia de caussa durante tempore, quo non fieri debet, ad interesse tantum particulare committatur, eiusque dies pro parte modo cedat, quam quia non toto illo tempore, quod obligatio continet, sed aliquo saltem factu est id, quod non fieri tunc temporis oportebat, *d. l. si sic stipulat.* vtique etiam in obligatione facti successiui affirmatiui, durante tempore, quo fieri debet, sit idem iuris oportet, cum in eo quoque nondum toto illo, quod obligationi tacitè inest, tempore sed aliqua tantum eius parte mora facta, cessatumque fuerit in faciendo, *d. l. stipulat. non diuid. §. vlt.* Quin tanto magis hoc in obligatione facti successiui affirmatiui obtinebit, cum homo semper & sine intermissione operari vel facere nequeat, eoque factum illud non possit esse continuum, quod intra tempus continentur ac perpetuo sine vlla intermissione fieri queat, *l. seruitates, 14. ff. de seruit.* sed pluribus vicibus & identidem repetitis id expediri necesse sit, adeoque suapte natura multiplices in actus, ad inchoandum, aut pertexendum, aut consummandum necessarios veluti scindatur, vt vel hac ratione facilius ad interesse particulare committi, diesque pro parte cedere valeat, quam in obligatione facti negatiui, quod continenter ac perpetuo sine interruptione ab homine præstari potest omittendo, quod tenetur non facere. Vt omittam, affirmatiuum factum successiuum vel opus producere per sese diuiduum, cuius pars vna post alium conficiatur, vt, fabricare insulam, ædificare domum, scribere librum, *l. & .deo, ff. de verb. oblig.* vel certe obiectum habere diuiduum, cui discretæ illius facti operationes adhibeantur, puta, ire Romã, vt vel hoc respectu magis eius obligatio committi posse videatur ad interesse particulare, quam obligatio facti negatiui, in quo neutrum horum vsuuenit. Quod autem Cuiac. contendit, *d. l. continu. §. item qui, vers. item, si non*, sic accipiendum esse, vt æstimet judex, quanto interuallo, quantoue tempore opus consummari oportuerit, exemplo eorum, quæ dicta sint in præcedenti *§. cum ita*, tam facile reijcitur, quam ab eo sine lege, rationeque sufficienti profertur. Cur enim æstimatur, quid per id tempus, quo fuit in principio cessatum effici potuerit? Scilicet vt damnum creditori resarciatur, quod sensit eo ipso, quia non factum eo tempore, quod fieri tum debuit. Annon igitur iniquissimum fuerit, creditorem perferre teneri damnum, quod alterius vel malitia vel negligentia protinus ab initio perpessus est, quodque ne tum quidem desiturum, si vel adhuc intra debitum tempus factum consum-

summaretur, nec eius re actionē petere posse, nisi postquam tempus integrum, quo consummari oportet, transactum fuerit. Quod si mora inchoationi facta propterea respicitur, ut appareat tempus, quo perfici debuit, certe non id tantum, quod in illo primo intervallo, sed etiam quod in subsequentibus intervallis, usque dum consummari per rerum naturam posset, effici potuit, æstimandum foret: Postquam vero totum tempus expediendo facto necessarium præteriit, quæso, quidnam æstimabitur? Si dixeris: quod toto illo tempore fieri potuit, apertis verbis ICti contradixeris. Sin id modo, quod in priore intervallo effici potuit, utique lapsu temporis, quo consummari debuit, non minus pro parte dies obligationis cessura fuerit, quam cederet ante transactum tempus totum ex Vlpiani sententia: siquidem respectu saltem initij, quo cessatum, eiusve, quod effici tunc temporis potuit, nec non quoad interesse modo particulare propter eam duntaxat caussam emergens cederet dies, non etjam respectu residui temporis, eiusve quod per illud fieri potuit, multoque minus quo ad id, quod in solidum ob factum omnino non præstitum creditoris interesse dignoscitur. Cumque Venuleius, quid judex arbitrio suo determinaturus, quanto tempore opus consummari oporteat, attendere debeat, in priore *d.* §. responso plene declararit, partim etiam ex antecedenti §. per sese perspicuum fuerit, quorsum nova de operis inchoatione admonitio. Quasi vero qui modum adhibendum esse docuit secundum rationem diligentis ædificatoris, temporum, locorumque, id non æque de principio sive inchoatione protulerit & intellexerit, ut de medio & fine, sive continuatione & absolutione operis. Sed enim *d. vers. item si*, non magis quam sequentem *vers.* ei per copulam *que* annexum ad æstimandum tempus, quo factum consummari debeat, esse trahendum, adeoque in eo quiddam plane diversum à præcedenti responso contineri, satis indicat particula *item*, quæ orationi perfectæ adjecta, non repetitionem sed continuationem apte diversa conjungentem inducit, *Bartol. in l. 1. numer. 2. ubi Castrens. num. 5. Joan. ab Imol. num. 1. & reliqui Dd. ff. de public. & vectig.* Neq; vero in antecedenti §. *cum ita*, quicquam simile, de itinere protinus non inchoato traditum reperitur, nec id mirum quidem, cum jam antea fuerit ostensum, lapsu temporis obligatione dandi tacite contenti debitorem in mora minime costitui. Restat igitur, ut id Venuleius hisce verbis voluerit, statim a non cœpto opere in id agi posse, quanti interest creditoris inchoari sive promoveri opus: quem eius loci genuinum sensum esse, cum ipse contextus arguit, cui optime convenit, tum vero maxime probat & evincit *d. l. stipul. non diuid. §. ult.* Neque tamen propterea, quod ICtus ait, æstimandum esse, quod in illo intervallo effici potuit, existimandum fuerit, ob moram in inchoando commissam agendum esse ad æstimationem eius, quod in eodem intervallo temporis effici potuit, solvendam sive præstandam, cum quid in eo fieri potuerit, hac saltem de caussa respiciatur, ut eo rectius inde constet, an & quatenus propter inchoationem hactenus omissam stipulatoris intersit, ut præ cœteris recte monuit *Ioan. Robert. lib. 1. animaduersion. c. 17. & in notis ad notata Mercat. lib. 1. c. 17.* qui tamen idem sensisse reliquos interpretes inficiatur. Verum eos ab hac sententia fuisse alienos, vix est, ut credam; siquidem *gl. in l. stipul. non diuid. §. ult. & in l. existimo, §. ult. ff. de ver. obl.* quibus in locis prędictæ conciliationis meminit, nihil amplius ait, quam agi posse ad id, quanti interest, incho-

inchoatum esse, cœteri Dd. breuitatem sermonis aucupantes, nuncupant interesse particulare, quod ab opere vel eius parte aut æstimatione constat esse diversum, *l. si quis ab alio, in pr. ff. de re jud. l. in interdicto, 6. ff. de vi & vi arm. l. si quis stipulatus, §. si quis ita, ff. de V. O. l. un. §. ult. ff. si quis jus dic. non obt.* Quod si per id æstimationem eius quod in illo intervallo effici potuit, intellexissent, oportuisset eos admittere, aut id cujus æstimatio soluta fuit, etiamnum exigi posse, denuoq; præstandum esse quod tam rationi, quam juri repugnat, *l. bona fides non patitur, ff. de regul. jur. c. bona fides, de reg. jur. in 6. cum simil.* aut illius æstimationis præstatione liberari debitorem, ab illius, quod in eo intervallo fieri potuit, præstatione: qua ratione procul dubio effectus operis scinderetur in partes, contra *l. in executione, §. secunda, ff. de ver. oblig.* factumq; individuum divideretur, quod & juri & ipsi naturæ adversari videtur, *l. 4. §. Cato, l. stipul. non diuid. ff. de verb. oblig.* cum per rerum naturam sit impossibile, expediri factum, nisi fiat postmodum, quod priore illo intervallo fieri potuisset, sive debuisset, *jur. praecit.* Quod igitur interesse particulare nominatur, ideo fit, quia non id omne, quod in obligationem venit, si non fiat, quod fieri debuit, continet, nec præstatione illius in totum solvitur sive tollitur obligatio, sed ad id, quod deinceps intererit, etiamnum committi potest, si nō fiat, quod fieri debuit, ut apparet ex *l. si sic stipul. & ibi not. per Dd. ff. de verb. oblig.* Quove minus ambigatur, ex antiquioribus Castr. ipse *in d. l. existimo, §. ultim.* communem sententiam satis aperte declarat non alio sensu, quam quo diximus, accipiendam esse, dum exemplum affert, de pariete domus aut insulæ ruente, dum reficere seu fulcire debitor non incipit, nec ad æstimationem eius, quod illo intervallo temporis fieri potuit, (quanquam id omnino suberat, unaq; fuisset indicandum, si quidem peti tum posset) sed ad damni emergentis ex ruina parietis resartionem agi statim posse contendit: & ex recentioribus *Zas. in d. l. stipulat. non diuid. §. ult. n. 3.* adducendo exemplum de corruptione rerum stipulatoris contingente ob non inchoatam tecti refectionem: Simile exemplum assignat in *l. ita stipulatus, n. 20. ff. de verb. oblig.* nec non *Donell. in d. l. si ita stipul. sim, nu. 4. sub fin. ff. de verb. oblig.* aliud afferendo de corruptione calcis, arenæ vel cæmentorū, imbribus, inundatione aut alio quopiam casu facta, quæ vitari potuisset, si debitor in ædificio inchoando moratus non esset. Quod autem Robertus negare videtur, agi posse in id, quod interest opus inchoari, id nulla ratione probat, adeoq; contrarium juri consentaneum esse, sufficienter apparet ex responsione, quam ad objectionem de individua factorum natura, quæ Robertum forte movit, refellendam paulo ante adduximus. Et quidem cum non aliter agere possit stipulator, nisi quando sive quatenus propter opus non inchoatum actu sentit sive perpessꝰ est damnum, (tantum enim eius interesse dignoscitur) idque cum facto etiamnum præstando nihil commune habeat, sed ab eo plane sit separatum, adeoq; omnino resarciendum præter & ultra factum, etiamsi mora facti præstatione purgetur ante litis contestationem, *Dd. ordinarie in l. si insulam, ff. de verb. oblig. Patet etiam ex l. si ita quis, §. Seia, ff. d. t. l. fidejussor euictionis, ff. de doli excep. l. 2. sub fin. ff. si quis in jus voc. l. etsi post tres, ff. si quis caut.* ut proinde futura facti præstatio resartionem damni ante perpessi differre vel impedire nec possit, nec debeat: certe vel hinc consequitur, ad idipsum interesse sive damni resartionem illico post moram inchoandi agi posse: Nec minus confirmatur per *d. l. stip. non diui. §. ult.* cum ait Vlpianus, expectandum non esse, ut tantum temporis prętereat, quanto insula fabricari posset, sed ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agi posse, diemq; obligationi cedere. Non enim dubium est, quin

ille vers. non aliunde rectius intelligatur ac declaretur, quam ex præcedentibus, in quibus tradiderat regulam, si non fuerit factum, quod fieri debuit, pecuniam dari oportere, petiq; posse. Vnde cum asserit, si non fuerit inchoatum, quod inchoari debuit, agi posse, non addendo, ad quid, nihil aliud indicare vult, quam dari oportere, petique posse pecuniam, hoc est, interesse in pecunia solvendum. Rursus eo ipso, quia tunc, cum cœpit mora faciendæ insulæ fieri, obligationi dies cessit, obligatio sive stipulatio commissa fuit, *l. insulam, ff. de verb. oblig.* committi vero non nisi ad interesse potuit, cum pœna non fuerit adjecta. *§. non solum, inst. de verb. obli. l. si pœnam, l. stip. non diuid. vers. Celsus, ff. d. t. l. ult. ff. si quis in jus voc. non ier. l. si quis ab alio, ff. de re jud.* Quid autem absurdius, quam commissam esse stipulationem ad interesse, & quidem tale, quod omnino refundendum esse constat præter & ultra factum, insuper etiam agere stipulatorem posse, nec tamen illud ipsum interesse petere licere. Cumq; superius abunde sit ostensum, interpellationem in stipulatione facti non esse necessariam: certe multo minus necessarium erit, potius supervacuum, committi stipulationem quo ad agendum, ut fiat & inchoetur promissum opus sive factum: quod opinatur ac prætendit *Robert. loc. rel.* cum præsertim ad faciendum præcise compelli sive cogi debitor nequeat, *d. l. si quis ab alio, §. ult. d. l. stipul. non diu. ubi Dd. d. §. non solum, inst. de verb. oblig. cum simil.* Neq; vero propter moram in inchoando admissam oporteret diem obligationi cedere, si tunc agi posset, non ad id quod interest, solvendum, sed ad id tantum, ut indemnitati stipulatoris quo ad efficiendum opus consulatur, per satisdationem à debitore præstandam, cum indemnitati creditoris prospiciatur, & ad interponendam à debitore cautionem agi permittatur, quoties caussa justa judicis arbitrio dijudicanda subest, etjamsi obligatio per conditionem sit etiamnum suspensa, nec dies eius cesserit, *l. si creditores, ff. de priuil. cred. l. creditores, 10. ff. de ver. oblig. l. Mutianæ, l. is cui, ff. de con. & dem. l. 1. & t. t. ff. ut legat. seu fideic. seru. Fac. l. in omnibus, ubi Bart. & Dd. ff. de judic.*

Ampl. 7. etiamsi tempus miserationis caussa fuerit indultum: Nihilominus enim lapsus eius in mora constituit, ac per consequens ad id æstimatio referenda erit: *Ita sensit gl. in l. si mora, ubi præ cæteris notat Raph. Cuman. Francisc. Aretin. num. 3. Alex. num. 11. Ias. num. 21. & 22. ff. solut. matr. Innuit etiam gl. in l. si duo, §. ergo si, cum qua transit ibid. Bartol. & expresse notat Bald. ff. de constitut. pec. & gl. in l. promissor Stichi, §. 1. ubi Bartol. & clarius Bald. ff. de constit. pecu. Bald. in l. un. §. cum autem, num. 4. C. de rei ux. act. Ioan. Faber in §. de constituta, num. 10. inst. de act. Lud. Roma. in l. si ex legati, ubi Fran. Aret. num. 7. ff. de verb. oblig. Ias. in l. quoties in diem, num. 6. dicens veriorem, ff. d. t. Iason post alios in d. l. vin. num. 9. ubi Alciat. num. 46. Purpurat. Loriot. num. 8. Bolognet. num. 28. dicens gl. d. l. si mora, communiter in hoc teneri à Dd. ibidem. ff. si cert pet.. Alciat. in l. idem erit, nu. 11. ff. de verb. oblig. Matthes. singul. 13. Gabr. Roman. lib. 3. commun. concl. tit. de solut. conclus. 9. num. 9.* Probatur primò per tex. *ad hoc not. in l. in fideicommissis, in princ. ff. de usur.* vbi lapsu temporis legitimi, quod humanitatis gratia condemnatis indulgentur, *l. si cum militi, §. ult. ff. de compens.* moram induci Papinianus haud obscure asseverat, dum refert, Imperatorem constituisse, ut hærede post sententiam faciente moram, fideicommissarius, hoc est, actor, intermisso legitimo tempore, fideicommissi petiti commoda, in quibus augmentum æstimationis proculdubio continetur, & includitur, accipiat. Nisi enim lapsu dicti temporis mora committeretur, certe nec juri vel æquitati consentaneum foret, nec Imp. constituisset, ut legitimo tempore tranacto, exinde commoda 17

moda rei præstandæ deberi, protinus incipérent, siquidem juri, sive bono & æquo nihil minus convenit, quam teneri quem eo de tempore, quo nondum fuit in mora, *l. cum filius f. §. ult. l. si servum, vers. si autem alienus, ff. de verbor. oblig.* cumq; fructus aut commoda rei debitæ ob moram præstanda veniunt, non nisi post moram & a tempore moræ deberi incipiunt, *l. equis, ff. de usur.* Secundò per *l. un. §. exactio, versic. sin autem, C. de rei ux. act.* qua post annale tempus, maritus vel hæres eius etiam vsuras æstimationis omnium rerum dotalium, quæ extra immobiles sunt, nec elapso anno protinus restituuntur, præstare tenetur: ut proinde peræque, vel multo magis ad ipsius æstimationis resartionem, si quidem ab eo tempore decreverit, teneri debeat: Sicut enim vsuræ propter moram non solventium infliguntur, *l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de usur.* sic etiam propter moram ad tempus eius reducitur æstimatio, *l. penult. ff. de condict. trit. l. hominem, ff. mand.* Cumq; æstimatio decrescens creditori damnum afferat, quod facta sibi citra moram solutione, distrahendo res, cum pluris adhuc valerent, evitare proculdubio poterat, *l. eum res, §. ultim. ff. de legat. 1. cum similib.* vsuræ vero lucrum potius, quod facta citra moram solutioni consequi potuisset, concernant, *d. l. cum quidam, §. si pupillo,* vtique longe favorabilior illius damni resartio, quam adventitij lucri caussa, *l. non debet, §. in re obscura, ubi gl. & Dd. ff. de regul. jur. l. ult. ff. ex quibus cauß. maior. l. Proculus, ff. de damn. infec. cum simil.* Annale vero tempus restitutioni dotalium rerum mobilium esse miserationis caussa indultum, tradit *Bartol. in l. ita stipulatus, num. 35. ubi post alios Ripa num. 74. ff. de verb. oblig. per l. un. §. cum autem, ubi Bald. idem asserit num. 2. C. de rei uxor. act. Angel. in l. si constante, §. quoties, ubi Ioan. ab Imol. num. 4. Castrens. num. 2. Alex. num. 2. ff. solut. matr. Afflic. decis. 270. num. 3. sensit q. Coras. lib. 5. miscellan. c. 6. num. 4.* Tertiò: quia tempus miserationis gratia indultum jure nostro non exactioni tantum differendæ, ut Castr. opinatur, sed cumprimis faciendæ solutioni præstituitur, ut intra illud, sive sub illius finem omnimodo solvatur, *l. si cum milite, §. ult. ff. de compens. l. cum in fundo, §. si fundus, ff. de jure dot. l. debitorib. ff. de re jud. l. 3. cum l. seq. C. de usur. rei jud. Fra. Aret. in d. l. si mora, num. 3.* Quoties autem injunctum sive dictum est, quo tempore solvendum sit, procul dubio refertur ad illud æstimatio, *d. l. vin. & d. l. ult. ff. de con. trit. cum simil.* Deniq; cum sit regulare, ut tempus debitori præstitutum ipso jure in mora eundem constituat, ut quanti tunc fuerit, contra eum æstimetur, *l. magnam, C. de contrah. stipul. & simil.* tempusque miserationis gratia concessum non modo non reperiatur exceptum, sed etiam contra rigorem juris ex humanitate sive æquitate receptum, a jure communi exorbitet, eoque sit odiosum & restringendum, *Dyn. in c. quæ à jure, de regul. jur. in 6.* vtique non erit ad consequentiam eò trahendum, ut contra juris regulam nec in mora constituat debitorem, nec in æstimatione attendendum veniat, *d. c. quæ à jure l. quod vero contra, ff. de legib. utrobique Dd.* vel eo magis cum creditor in eo, quod per id tempus expectare debet, nec debitum consequi potest, plurimum contra rationem juris gravetur, ut proinde in altero, videlicet, in æstimatione ineunda, moraque lapsu temporis contrahenda, jure merito sit relevandus, nec vllatenus onerandus, *l. eum qui, ff. de jurejuran. l. jure succursum, ff. de jure dot. & similib.* 18
Contrarium † tamen Castr. renuit *in d. l. promissor Stichi, §. 1. num. 3. ff. de constit. pecu. & in d. l. si mora, num. 12. ff. solut. matrim.* cuius opinio tribus potissimum rationibus niti videtur: harum prima: quod humanitatis caussa, sive miserationis gratia debitori indultum, non sit in eius odium detorquendum; id quod omnino fieret,

si lapsu temporis eius protinus moram sibi nocivam debitor incurreret, in qua non nisi per interpellationem alias constitueretur, *l. mora, ff. de vsur.* Quæ ratio si quicquam ponderis haberet, nunquam ferme dies in mora constitueret, cum regulariter fauore debitoris tempus appositum intelligatur, *l. cum tempus, ff. de regul. jur.* Sed in rei veritate non est, quod conqueratur hic in odium sui quicquam detorqueri, quandoquidem ipsa temporis solutioni destinati præfinitione, ab initio protinus ei vel ab homine vel a lege denunciatum censetur, vt intra tempus, præsertim ex æquitate contra rigorem juris benigne concessum soluat, si moram, quasque secum trahit illa pœnas vitare velit, *d. l. magnam, cum ibi not. per Dd. & l. 2. C. de jure emph.* Quicquid autem concernit fauorem eius, cui sub onere conceditur, id in eius odium retorqueri minime dicitur propter onus adhærens, *vt recte notat inter alios Bald. in l. quod fauore, num. 10. C. de legib.* Quod ipsum sensisse videntur, qui responderunt, fauorem non principaliter, sed in consequentiam odium afferre posse, *l. 1. ff. de aut. tut. Ias. in d. l. vin. num. 12. ubi Cagnol. n. 40. allegans Ant. de Butr. Imol. & Aretin. Alciat. ibid. num. 47. Bolog. nu. 28.* Quæ solutio nisi eo, quem præposui, sensu acciperetur, simpliciter intellecta, prout verba sonant, sustineri vix posset, quandoquidem regula *d. l. quod fauore, & concord.* non tam respicit illum casum, quo concessum principaliter ad afferendum alicui commodum, principaliter odium eidem affert, qualem repugnantia contrariorum eidem simul æque principaliter minime competentium vix admittit, quam eum, quo principaliter favore alicuius inductum, quandoq; minus principaliter & per consequentiam quandam vergeret in odium eiusdem: quod cum intentioni concedentis é diametro repugnet, potius concessio fauorabilis tali casu benigna interpretatione venit adjuvanda, quam admissa de rigore juris consequentia quicquam contra manifestam concedentis voluntatem inferatur, *vt est tex. not. in l. non eo minus, C. de procur. Fac. l. benignius, & l. nulla juris, ff. de legib.* Secunda: quia tempus quo ad æstimationem attendendum siue in mora constituens, oportet esse tale, quod á debitore prævideatur, vt ante lapsum eius ad soluendum sese preparare queat, *d. l. magnam, & sim.* Tempus autem miserationis gratia cum a lege citra conuentionē partium indulgeri soleat, a priuatis juris ignaris plerumque minime prævidetur, quos tamen hac in parte, quippe de damno certantes illa juris ignorantia excusat, *l. juris ignorantia, 7. ff. de jur. & fac. ign.* Itaque tempus miserationis gratia indultum, quo ad æstimationem attendi vel in mora constituere nequit. Verum hæc ratio si valeret, non minus in quolibet alio legali tempore ad solvendum præstituto, quam in concesso miserationis gratia procederet, cum non minus illud, quam hoc citra partium conuentionem competat, eoq; similiter à priuatis ignorari queat. Atqui nihil certius, quam tempus expressa legis dispositione præstitutum in mora constituere, *d. l. 2. C. de jure empth. c. potuit, de locat.* Eos autem qui temporis ex humanitate per legem indulti ignorantiam prætendunt, in proposito certare de damno vitando, tantum abest, vt ICtus expresse profiteatur, ideo ad tempus, quo solui debuit, æstimationem reduci, ne frustratio moratori prosit, *l. hominem, ff. mand.* prout etiam vsuras & fructus rei debitæ, si quos præstare transacto tēpore tenetur, lucraretur, nisi eos á tempore solutioni destinato cum re principaliter debita teneretur exoluere. Quod si forte, quas interea percipere diligens paterfamilias vsuras aut fructus potuisset, non percepit, damnum non ob juris ignorantiam, sed ob negligentiam in re familiari adhibitam, culpamue suam sentiret, quod proinde sibi non aliis im-

imputet necesse est, *c. damnum, ff. de regul. jur. in 6.* Quinimo si maxime de damno vitando certaretur, tamen isthæc ratio nihil omnino proficeret: quandoquidem ex eo, quod a lege tempus illud citra conuentionem partium indulgetur, non magis inferri vel extrui potest ignorantia juris, quam ex alijs quibuscunq; juris sive communis sive statutarij dispositionibus, quas omnes citra conventionem partium peculiaremve hominis provisionem inductas esse constat. Cum enim paria sint scire, & scire debere, *l. si Titius, ff. de fidejuss. l. quisquis, C. de resc. ven.* vel scire potuisse, seu posse, *l. Iulianus, ff. ad Maced. l. si duo, ff. de acquir. hær.* nec ulli regulariter sit permissum, jura ignorare, *l. leges sacratiss. C. de legib. l. constitutiones, C. de juris & fac. ign.* & lex præsumat quemque scire, quod scire tenetur. *Alc. post alios de præsumt. regul. 3. præsum 31. n. 1.* tum præsertim, quando agitur de præjudicio alterius, *Alciat. d. præsum. n. 2. & 3.* merito fit, ut jurium quantumvis citra privatorum provisionem sive conventionem constitutorum ignorantia non præsumatur, *l. si hæres, §. ult. ff. ad Trebell. l. leges sacratiss. ubi Dd. C. de legib. Dyn. in c. præsumitur, n. 2. de reg. jur. in 6. Bart. in l. non fatetur, n. 12. & reliqui Dd. ff. de confess. & longa serie relati per Gab. Rom. lib. 6. tom. concl. 1. de regul. jur. concl. 7. num. 1. Menoch. de præsumt. lib. 6. præsumt. 23. num. 14. Mascar. de prob. vol. 2. conclus. 639. maxime, in pr.* quæ quidem sententia non potest procedere vel intelligi eo casu, cum agitur de lucro captando, vel damno, quod ex eo trahit originem, siquidem tunc ignorantia juris ne quidem plenissime probata, nedum præsumta prodest aut releuat, *l. in bonor. ff. de bonor. poss. l. juris ignorantiam, ubi Dd. C. qui adm. l. quamuis, C. de juris & fac. ign. l. juris ignor. 7. cum l. seq. ff. d. t.* ac proinde necessario sibi tunc locum vendicat, cum de damno, quod a lucro non trahit originem, vitando agitur, *prout sensere Dd. loc. rel. & satis clare innuit Alciat. d. præsum. 31. num. 1. & 2.* Vt interim omittam, esse controuersum apud interpretes, utrum ignorantia diei à testatore vel contrahentibus appositi, & sic facti, valeat inhibere, ne debitor in mora constituatur, *ut apparet ex l. ad diem, ubi Dd. ff. de verb. obli. & traditis per Dec. in d. l. vin. nu. 14. & ibid. Purpurat. & Loriot. nu. 13.* ut proinde multo magis eandem dubitationem circa ignorantiam juris, si qua subesset, incidere oporteret, quippe quæ non excusat, ut illa, *l. regula, ff. de jur. & fac. c. ignorantia, de reg. jur. in 6.* ne quidem à pœna infamiæ, *l. liberorum, §. notatur, ff. de his qui not. infa.* nedum pecuniaria, *arg. c. cui licet, de regul. jur. in 6. l. non debet, 21. l. in ea, ff. de regul. jur.* qualis ob moram infligitur, *l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de usur.* Tertia: quia in omni obligatione pura, addo etiam conditionali, conceditur obligato modicum tempus, quo sese possit ad solvendum præparare, *l. quod dicimus, ff. de solut. §. ult. inst. de inut. stipul.* quod indulgeri miserationis caussa, scribit *Bart. in l. ita stipulatus, n. 34. ubi Ioan. de Imol. n. 13. Fr. Are. n. 13. 14. & alij Dd. ff. de verbor. oblig. Loriot. in apicib. jur. t. de regul. jur. ax. 115. & in l. in omnib. ubi Dec. num. 8. & Cagnol. nu. 1. & 2. ff. de regul. jur.* Vnde si lapsus eius ipso jure moram inducit, nunquam erit interpellatio necessaria, sed sine illa debitor non minus in obligatione pura & conditionali, quam in obligatione in diem, contrahet moram, quod est absurdum, *l. mora, ff. de usur. l. si ex legati, ff. de verbor. obligat.* Sed advertendum, id tempus miserationis gratia indultum in mora constituere, quod ad solvendum datur, ut intra illud omnino solutio fiat, prout satis ex prædictis constat, & præclare monet *Fr. Aret. in d. l. si mora, n. 3. ff. solut. matr.* Istud vero modicum tempus, quod in obligatione pura & conditionali locum habet, neutiquam eo fine conceditur, ut præcise intra illud solutio fiat, quod vel ex eo sufficienter liquet, quia juris est indubitati, debitorem in obligatione pura vel cōditionali tunc soluere oportere,

cum

cum à creditore fuit interpellatus, *l. mora, ff. de vsur. l. Titia textores, §. ult. ff. de lega. 1. l. si ex legati, ff. de verbor. obl. & simil.* nisi sponte malit interpellationem soluendo anteuertere, *l. stip. ista, §. inter incertam, ff. de verbor. obl. l. quod die ff. de solut.* sed ne soluere compellatur imparatus, si forte protinus à creditore interpelletur, simul atque dies venit, quo quidem interpellatio fieri proculdubio potest, *l. cedere & ibi not. ff. de ver. obl.* Igitur in hoc tempore Castrensis opinionem libenter admittimus, quod ipsũ non modo jura interpellationem in obligatione requirentia aperte probant, sed etiam interpretes eo ipso, dum sine interpellatione regulariter non nisi in obligatione in diem, contrahi moram, passim tradunt, manifeste sentiunt. Quin etsi prædictum tempus ideo concederetur, vt intra illud solutio fieret, eam tamen ob caussam in proposito moram vix induceret, quia tempus istud non est omnimodo certum, quippe nec minimum, nec maximum, & quod magis intellectu percipi, quam elocutione possit exprimi, *l. ratum, ff. de solut. l. quo enim, §. ff. rem rat. hab. gl. in §. omnis, inst. de verbor. obl. Bart. & Dd. in l. quod dicimus ff. de solut.* nec à jure determinatum, sed judicis arbitrio determinandum relinquitur, *gl. in §. ult. vbi Bald. & Dd. inst. de inut. stip. Bart. in l. ita stipulatus nume. 35. ubi Ioan. ab Imol. num. 13. Zas. num. 21. cum quib. transeunt ibid. cæteri, ff. de verbor. oblig. Joan. Imo. in l. liber homo, §. decem, num. 3. vbi Castren. num. 2. Iason num. 5. & alij, ff. de verbor. obliga. Dd. in §. omnis, ubi Schneid. num. 4. ac præcæteris Nonius, n. 8. & 9. qui post Portium testatur esse* communem & receptam, *instit. de verbor. obl. Bart. in l. quod dicimus, ubi Ian. de Imol. & reliqui, ff. de solut. Alciat. in l. eum qui, §. vlt. num. 13.* communem *dicens, ff. de verb. obl. & in l. continuus, §. illud, num. 7. dicens,* receptam *sententiam ff. d. t. Loriot. in apic. tit. de regul. iur. ax. 115. & in l. omnib. ubi Cagnol. n. 1. & 2. ff. de regul. jur.* Quoties autem tempus miserationis gratia indultum non est omnimodo certum, licet arbitrio judicis postea determinetur tamen in mora non constituit, *vt post Ias. in d. l. vinum, num. 9. singulariter ibid. tradit Bolognet. num. 28. ff. si cer. pet. & sensit Alciat. in l. interdum, §. ult. num. 19. ff. de verbor. & in l. ad diem, nu. 10. ff. d. t.* Neque dictis obstat *l. si debitori, ff. de judic.* qua mouetur *Donell. in l. cum qui, §. quoties, num. 36. ff. de verbor. obligat.* vt existimet, modicum tempus in obligatione pura vel conditionali humanitatis caussa indultum non esse arbitrarium, sed potius id ipsum, quod post condemnationem reis indulgetur. Namque tempus, de quo loquimur, ab eo, quod ICtus considerat, esse plane diuersũ, 19
neque temere cum eo confundendum, tam Dd. vnanimiter sentire videntur, quam recte monet etiam Cuiac. *in d. l. liber homo, §. decem.* & abunde colligitur, tum ex eo primum, quod *in d. l. si debitori*, agitur eo de tempore, quod indulgetur, cum jam locus esse cœpit executioni, quam immediate quoque præcedit, ita, vt solutione intra illud non facta, confestim sine vlteriore vel modica dilatione ad executionem procedatur, *ut est tex. in l. debitorib. ff. de re jud.* Condemnatus enim & confessus in jure æquiparantur, *l. 1. ff. de confess.* præsertim quoad executionem, *d. l. debitoribus & l. post rem judicatam, ff. de re jud.* vt proinde cum antequam executioni sententiam judex mandet, condemnato tempus legitimum indulgeatur, *l. si cum militi, in fi. ff. de compens.* id ipsum quoque confesso, prius quam contra eum fiat executio, jure merito sit indulgendum, *d. l. si debitori d. l. debitorib. l. si domus, §. in pecunia, ff. de lega. 1.* quandoquidem confesso, qui propter agnitionem debiti spontaneam maiori commiseratione veniaque dignus, denegari non debet, quod condemnato, qui tædiosa lite creditorem fatigare, vinciq; sententia judicis maluit, competere dignoscitur, *Dd. in jurib. modo rel.*

Tale

Tale vero non eſt tempus noſtrum, quippe quod etſi prætererit, non tamen ad executionem deveniri poteſt, *l. ſi cum nulla ubi Dd. ff. de re jud. cum ſimil.* niſi poſtquam debitor per ſententiam legitime condemnatus vel in jure confeſſus eſt, *d. l. poſt rem judic.* quorum alterum ubi factum fuerit, habebit etiamnum debitor legitimum judicati tempus, *d. l. ſi debitori, d. l. ſi cum militi, in fin. d. l. debitor.* Tum, 2. quia tempus Vlpiano propoſitum *in d. l. ſi debitori*, tum demum indulgetur, cum competenti cautela, poſtquam debitor in jus vocatus debitum legitime confeſſus eſt, *d. l. ſi deb. & l. ſi domus, §. in pecunia, ff. de legat. 1.* cum tempus de quo loquimur, ſimul atq; obligatio per contractum vel conditionis eventum nata fuit, incipiat, *§. ult. inſtit. de inut. ſtipul. d. l. quod dicimus, ff. de ſolut.* nec in eo ſit neceſſaria ſatiſdatio, *l. ſi creditores, ff. de privil. cred.* Tum, 3. quod illud eſt a jure determinatum, quippe quod ex lege duodecim tab. erat 30. dierum, ut ex Gellio conſtat *lib. 20. c. 1. Cuiac. in d. l. liber homo, §. decem, Donell. in l. cum qui, §. quoties, num. 38.* poſtea duorum mentium, *l. ultim. §. ult. C. de uſur. rei jud. gl. & Dd. in d. l. debitorib. ff. de re jud. Cuiac. loc. rel.* hodie ex Iuſtiniani lege quatrimeſtre, *l. 2. & 3. C. de uſur. rei judic.* Hoc vero tantum abeſt, certo quopiam intervallo à lege circumſcriptum ac definitum eſſe, ut aperte ſcriptum reperiatur, ſpacium temporis aſſumi, nec minimum, nec maximum, & quod intellectu magis percipi, quam elocutione poſſit exprimi, *l. ratum, ff. de ſolut. l. quo enim, §. Julianus, ff. rem rat. hab.* Nam quod ſpacium illud temporis, cuius *in d. l. quod dicimus*, Paulus meminit, potius ex illo Iuliani reſponſo *d. l. ratum & d. §. Julianus*, quam ex *d. l. ſi debitori*, ſit declarandum, vel hinc apparet evidenter, quod Iulianus in præcitato reſponſo ex profeſſo declarandum ſuſcepit, quodnam ſit illud temperamentum ſive ſpacium temporis, cuius in jure paſsim ſit mentio, quando particularum *ſtatim, in continenti* & ſimilium dilationem propria ſui ſignificatione regulariter excludentium ſenſus genuinus inveſtigatur, *ut in d. l. quod dicimus, l. 1. §. item ſi ita, ff. ad leg. Falcid. l. ſi quis filium, §. ſtipulatio, ff. de coll. bon.* inſuper etiam tanta ſit caſuum *in d. l. ratum, & d. l. quod dicimus*, convenientia, ut quemadmodum rati habitio de qua illic agitur, à domino cum certior factus eſt, ſtatim fieri debet, ſic etiam hic ſolutio ab hærede cum adijt ac per conſequens obligationem in ſe tranſtulit, protinus fieri debet: Cum *in d. l. ſi debitori*, neutrum horum animadvertere liceat, qua nec particula, nec integra enunciatio dilationem verbotenus conſiderata excludens, quæ modicum tempus admittere debeat, proponitur, nec agitur de eo, cui cœpit incumbere modo neceſsitas præſtandi quidpiam ſeu faciendi, ſed qui ſolutione non facta in jus vocatus atq; confeſſus eſt. Tum, 4. quia ſi per tempus, quod ab initio tribuitur obligationi puræ vel conditionali, *d. l. quod dicimus*, intelligendum foret tantum tempus, quantum judicatis conceditur, ſequeretur etiam tempus modicum, quod poſt interpellationem indulgendum eſt, *d. l. ſi quis filium, §. ſtipulatio, ff. de collat. bonor.* eſſe de tanto tempore intelligendum, ſiquidẽ caſus interpellationis factæ multo magis congruit cum caſu *d. l. ſi debitori*, quo debitor exigendi cauſſa in jus vocat9, quam caſus *d. l. quod dicimus* cui nec interpellatio, nec quiddam interpellationi ſimili ſubeſt. Conſequens autem procul dubio eſt abſurdũ, quia duplex hac ratione, vel etiam triplex judicati tempus debitor haberet, unum ab initio, alterum poſt interpellationẽ, tertiũ poſt confeſsionem in jure aut ſententiam: Itaq; nec antecedens erit verum. Tum, 5. quia ſi de eodem tempore tractaretur *in d. l. quod dicim. & in d. l. ſi debitori*, ut opinatur Donellus, omnino ſequeretur, in mora debitorem non ante conſtitui poſſe, quam tempus quatrimeſtre fuerit elapſum,

l. in

l. in fidei commissi, juncta l. sciendum, ff. de vsur. quandoquidem protinus ab ortu vel susceptione obligationis inciperet currere, *d. l. quod dicimus.* Atqui consequens nec juri nec intentioni partium videtur esse consentaneum, cum partes diem non apponendo id egerint, vt cum primum fuerit interpellatio facta, soluatur, *l. si ex legati, juncta l. eum qui, §. quoties, ff. de ver. obl. l. cedere, ff. de ver. signif.* & iniquũ sit debitorem per quatuor menses vniversa rei debitæ commoda percipere, à periculo tam interitus, quam decrescentis æstimationis immunem esse, creditorem vero & commodis carere, & æstimationis decrescentis interitusque periculum subire: Quare nec illud, vnde sequitur, juri vel intentioni partium conueniet. Tum 6. quia tempus, quod benigna juris interpretatione indulgetur debitori, ne protinus ipso contractæ sive subortæ obligationis momento solvere intempestiue compellatur, non majore intervallo constat, quam quo commode possit expediri præstarique debitum, quod in expedito, vel ad manum non est, *tex. in §. vlt. inst. de inut. stip.* Dubium vero non est, quin multo citius tale quid expediri commode possit, quam integro mense, nedum bimestri, vel quatrimestri: vt proinde tempus illud perbreue tantum spacij, quantum confessis in jure vel condemnatis indulgetur, complecti minime queat. Conatur quidem *Donel. in d. §. quoties, num. 32.* euitare *tex. d. §. vlt. inst. de inut. stip.* asserendo eum esse intelligendum de tempore, quod inducit locus, in quo res in obligationem deducta consistit: Sed frustra, cum sit textus multo generalior, quã vt duplicem diuinationem, qua restringatur, admittat, neq; tum solum, quando alibi, sed etiam cum in ipso fundo alienando contrahitur, traditio nequeat in continenti fieri propter supellectilem & mobilia eo loci reposita, quæ vnico illo perfecti contractus momento alienator exportare, pariter alio cum suis migrare, fundique possessione cedere minime potis est. In homine debitori si quod impedimentum quandoq; subest, quod raro euenit, certe non à natura, sed hominum facto dependet, vt si non ab ipso debitore, tamen ab aliis tolli sive remoueri possit, eoq; nec impossibili, quod solum efficit, vt obligatio pura dilationem re ipsa capiat, est accensendum, vel æquiparandum, *l. continuus, §. illud, & §. si ab eo, juncta l. interdum, ff. de verb. obl.* Ut omittam, etiamnum superesse textum alium nõ minus clarum *in l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bon.* qui licet de tempore modico, quod interpellationem sequitur, agat, quia tamen similem vel eandem ob caussam datur, quod scilicet tam interpellationis, quam obligationis nascentis, quarum neutra prævideri certò potuit, tempore debitor cum sacco paratus adesse nec potest, nec tenetur, *d. l. quod dicimus*, euidenter hinc elicitur, quod de tempore modico interpellationem sequente illic traditur, ad tempus, de quo loquimur, omnimodo pertinere *arg. l. non possunt, cum l. seq. ff. de legibus l. illud, ff. ad leg. Aquil. & simil.* Recte igitur cum cœteris interpretibus *Cujac. in d. l. liber homo, §. decem, ff. de ver. obl.* hoc tempus ab eó, quod confessis, antequam judex ad instantiam creditoris exequatur, indulgetur, distinguendum censuit. Illud † minus 20
recte, quod contra eosdem statuit, hoc ipsum tempus non humanitatis gratia dari, sed ex necessitate, quo rẽ, quæ non est in expedito, promissor quæsitum eat & tradat. Namque licet rei, quæ non sit in præsentia, debitor opus habeat modico tempore, ad eandem quærendam & offerendam, negari tamen haud potest, hoc ab impedimento naturali tam recedere, quam cum Romæ quis puré Stichum promittit, qui tunc temporis Ephesi moretur, aut rem alienam nondum à domino comparatam, ac proinde stricto jure non potest esse in consideratione istiusmodi difficultas interueniens, *l. continuus, §. illud, & §.*

si ab

si ab eo, ff. de verb. oblig. sed ex humanitate, quatenus dispositio quælibet ciuiliter est accipienda, *l. si cui simpliciter, ff. de seru.* exiguum rei debitæ conquirendæ tradendæq; spacium temporis præbetur, *d. l. quod dicim. junct. d. l. ratum, & simil.*

21 Ampl. 8. Nam in obligatione in diem simul atq; transactum fuit tempus solutioni destinatum, protinus ipso jure debitor non solvens in mora constituitur, non expectato modico quopiā tempore sequenti, quod obligatis antequam solvere compellantur, alias competere solet, ac proinde etiam ex ipso tempore solutionis transacto æstimandum venit debitum, *Iason in l. si ex legati, nu. 12. ubi Zas. n. 17. ff. de verb. oblig. Alciat. in l. a diem, n. 8. ff. d. t. Loriot. in l. vinum, n. 9. ubi Cagnol. n. 41. ff. si cert. pet. Cagnol. in l. quod te, n. 89. & 90.* communem *dicens, & ibid. Bolognet. n. 60. ff. si cert. pet. Decian. consil. 84. nu. 5. vol. 2. idemq; sensit Cuiac. in l. si insulam, vers. his pro coronide, ff. de verb. oblig. & pro hac sententia, quam* communem *dicit, plurimos longa serie recenset Bolognet. consil. 16. nu. 2.* eaq; manifeste probatur primò, quia debitor in diem tempus, intra quod solvere tenetur, prævidere, & interea sese ad solvendum commode præparare potest, ut proinde illo contentus esse merito debeat, nec ulteriore quopiam tempore modico, quod alias in obligatione pura & conditionali in eundem finem indulgeri solet, opus habeat, multo minus id juste desiderare queat, *l. magnam, C. de contr. stip. l. 2. C. de jure emph.* Secundò: quia jus nostrum præcipit, ex eo ipso die, quo ut solveretur, dictum fuit, æstimandum esse debitum, *d. l. vin. & d. l. ult. ff. de cond. trit.* Non igitur ex elapso demum tempore quopiam modico post diem solutioni dictum. Tertio *per l. Celsus, in pr. ff. de recep. arb.* qua pœnam, quæ sine mora non committitur, *d. l. Celsus, §. idem ait, & l. trajectitia, ff. de act. & oblig. Fran. Aret. in l. cum stip. sim mihi, n. 6. vers. unde licet, ff. de ver. obli.* Celsus ait esse commissam eo ipso, quia datum non sit intra Calendas solutioni destinatas. Vnde necessariò sequitur, eum qui modico tempore post Calendas solucre voluerit, nihilominus ad pœnā teneri, lapsuq; Calendarum in mora fuisse constitutum. Quod etiam ex ratione, quam Celsus addit, est perspicuum. Quamprimum enim verum esse cœpit, intra Calendas, hoc est, diem solutioni destinatum, nō esse datum, pœna quamq; pœna præsupponit, mora procul dubio est commissa: Dies vero simul atq; præterijt, eo ipso momento, non expectato quopiam ulteriore tempore modico, verum esse cœpit, intra diem præstitutum non esse datum: Igitur tum quoq; pœna moraq; commissa fuit. Quartò tex. habetur *in l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. oblig.* ubi non modo moram, scilicet in implenda conditione, nuncupat, quando elapso die solutioni destinato non multò post offertur pars debiti residua: verumetiam si propterea quod præstituto die integre solutum non est, mulieris cui præstari debuit, quicquam intersit, censet ICtus Tirio non profuturum, quod interposito modico tempore reliquum pretium cum usuris obtulerit. Itaq; cum non parum intersit creditoris, quando protinus post diem solutioni destinatum ante lapsum modici temporis subsequentis decrescit æstimatio, consequetur ex hac Scævolæ decisione, debitori non proficere, quod interposito modico tempore post diem obtulerit, ac proinde cum ad æstimationem ineundam devenitur, ex ipso die solutioni præstituto debitum erit æstimandum. Vnde apparet, hanc sententiam optima juris ratione, legisq; non obscura dispositione subnixam esse, quam pluribus etiam fundamentis egregie defendit in casu non dissimili *Matth. de Afflic. decis. 73. n. 3. usq; ad fin.* licet ab ea recedere videatur *Bald. in c. 1. n. 4. de noua form. fidelit.* quem in hoc perperam sequitur *Gab. Roma. lib. 3. t. de solut. concl. 9. nu. 30. Cacheran. decis. 71. nu. 50. idemq; tenent Vandus lib. 1. quæst. 41. & Mascard. de probat. concl. 1070.*

nu.24. vol.2. Prętendunt opinioni suæ *l.1.§.item si ita, vers.& quod dixi, ff.ad leg. Falc. l. si quis filium, §.stipulatio, ff.de colla. bon. gl. in l. AEmilius, ff. de minorib. à Dd. approbatam*, quę loquuntur in tempore modico, quod interpellationem sequitur, prout etiam de tali saltem casu agit *Lud. Roma. cons.27. nu.4.* allegatus à Gabr. Sed & *l. ult. C. de err. advoc. & l. quod dicim. ff. de solu.* nihil minus, quam obligationem in diem concernunt: à quibus omnibus ad casum nostrum propter manifestam rationis jurium que diversitatem, nulla fieri potest illatio, *per prædicta*.

22 Ampl. 9. Vt idem sit in hora, si qua solutioni destinata fuerit: Eius enim lapsu moram ipso jure protinus induci, ac per consequens ex illa debitum æstimari censuerunt, *Bald. in l. 1. num. 3. vers. quod dico, C. ne lic. ter pronoc. Iason in l. si ex legati, num. 13. ff. de verbor. oblig. Dec. in d. l. vin. num. 9. ubi Alciat. ad verba, fidictum, num. 45. Loriot. num. 8. Bolognet, num. 28. dicens* omnes *modernos Decium sequi, Gabr. Roman. d. conclus. 9. num. 6. Decian. consil. 64. num. 6. vol. 2.* Nec immerito, cùm quia non est ambigendum, quod de toto, videlicet die solutioni destinato verum est, in illius parte, hora nempe solutioni præfinita peræque verum esse, *l. qua de tota, ff. de rei vend.* tum, quia regulariter omne tempus computatur de momento ad momentum, nisi quo casu peculiariter aliud in jure cautum reperitur, *gl. in l. 3. §. minore, ff. de minor. ubi Dd. Ioan. And. in c. super eo, ubi cæteri, de appellat. Matth. de Afflict. decis. 73. num. 7.* Igitur & in hora solutioni dicta idem juris erit, in qua nihil aliud provisum reperitur, ac per consequens illa, simul atq; præterijt, in mora constituet, & quoad æstimationem attendenda veniet. Hanc tamen sententiam revocat in dubium *Iason in d. l. si ex lega. num. 13.* eam ob caussam, quod angustia temporis solutioni destinati moram impedit, *secundum Bald. in l. si mihi & tibi, §. 1. n. 4. post tex. & gl. ibid. ff. de lega. 1.* Terminus autem vnius aut alterius horæ ad solvendum, videtur esse nimis brevis & angustus, eoq; moram debebit impedire. Sed parum vel nihil hæc objectio refragatur, cum plerumque in horam non eiusdem, quo fit dispositio sive contractus initur, sed alterius cuiusdam diei transacto non modico tempore demum futuri à disponente sive contrahentibus solutio conferatur, eaq; ratione tantum spacij debitor consequatur, quantum habiturus erat solutione in diem aliquem futurum collata, deductis tamen horis, eam quæ solutioni destinata est, in illo die sequentibus.

Ac † si maxime agatur, ut intra unam 23 protinus aut alteram illius diei, quo contrahitur, horam præstetur, non tamen propterea terminus iste, quem contrahentes ipsi conventione sua, quæ venit omnimodo servanda, præstituerunt, erit breuior, quam ut intra eum debiti solutio fieri possit, cum terminis adeo breuis tum demum præfiniri soleat, cum vel ad manum sive in promtu debita res est, vel nihil impedit, quo minus ea possit intra terminum conquiri, haberi & præstari. Est & quod debitori tum quoque, cum domi rem debitam non habet, & ab alio tam cito comparare vix potest, imputetur, quia scilicet non obstante nimia termini brevitate, quam prævidere tam debebat, quam poterat promisit: quo casu difficultatem, ab impedimento naturali recedentem, non excusare a mora, tradit post alios, *Loriot. in l. quod te, num. 10. ff. si cert. pet. Alciat. in l. continuus, §. illud, num. 12. ubi Zas. nu. 6. vers. quarto fall. ff. de verb. obl. Cagnol. in l. in omnib. oblig. nu. 7. ff. de reg. jur. Fac. l. 2. §. si quis tamen, vers. neq; iterum, ff. si quis caut. junc. l. penult. ff. de jure dot.* Etsi vero plerumq; non multum referre videatur quoad æstimationem in debito generis ineundam, sive dictæ horæ, sive demum diei totius lapsu mora contrahatur, cum intra vnius diei spacium variari pretia rerum, quæ functionem in genere suo recipiunt, non facile possint, tamen

tamen huius extensionis vsus in debito speciei non exiguus, cum nihil sit facilius, nihil etiam frequentius, quam vt species debita breuissimo temporis momento vel intereat, vel detrimentum quoddam suscipiat, propter quod vilior esse confestim incipiat, *l. pen. ff. de cond. trit. cum sim.*

24 Ampl. 10. etiamsi dies adiecta non impediat in anteriore tempore exactionem debiti, siue nihil obstet, quo minus ante diem agi possit, petiq; debitum, puta, si peculiariter ita conuentum fuerit, vt creditor ante diem solutioni præstitutũ, si velit, exigere possit, aut si ex natura contractus siue dispositionis tale jus ante diem exigendi competat creditori, vt in deposito, *l. 1. §. si sic, ff. deposit.* Etenim talem diem nihilominus in mora constituere, ac proinde quoad æstimationem attendendum esse, *sensit gl. in l. nummis. verb. sua die, quam ad hoc notat ibi. Alex. n. 4. ff. de in lit. jur. Bald. in l. vlt. §. præterea, nu. 14. C. de jure dot. Jas. in l. si ex legati, n. 12. ff. de ver. obl. Al. iat. in l. ad diem, n. 6. ff. d. t. Gab. Rom lib. 3. t. de solut. concl. 9. n. 5.* Confirmatur primò per *tex. not. in in d. l. vlt. §. vlt. C. de jure dot.* vbi marito licet ante biennium solutioni promissæ dotis jure præstitutum exigere dotem, nihilominus eo intra biennium non exigente, dotis promissæ debitor lapsu biennij constituitur in mora, & ad vsuras & id genus alias accessiones teneri incipit. Secundo per *d. l. nummis ff. de in lit. jur.* qua permittitur judici, deferre jusjurandum in litem, vt juret actor de eo, quod sua interfuisset, nummos depositos sibi sua die redditos esse: ac per consequẽs pariter denotatur esse commissam moram eo ipso, quia depositum præfinito die non est redditum: alioqui si mora tunc non esset commissa, non posset id quod interest referri ad id vsque tempus, quo adhuc impune licuit non reddere, *l. se a si cum l. seq. ff. de recept. arb.* Atqui certi juris, deponentem repetere depositum potuisse adhuc ante diem restitutioni præfinitum, *l. 1. §. penult. vbi Dd. ff. depos. Alex. in d. l. nummis, n. 4. Iason in d. l. si ex legat. nume. 12.* Non igitur ista facultas ante diem exigendi obstat, quo minus dies interpellet, & in æstimatione sit spectandus. Tertiò, quia dies apposita foret alioqui frustratoria, nec vllius effectus, siquidem & ante diem creditor exigere posset, propter hominis aut legis peculiarem dispositionem & debitori tam in ipso die solutioni destinato, quam postea liceret impune solutionem differre, vsque dum creditor interpellet, prout in obligationibus puris & conditionalibus vsuvenit, *l. mora, ff. de vsur. & si ni.* Nihil autem absurdius, quam opinari vel admittere, frustra & sine effectu diem legis aut hominis dispositione fuisse appositum, eum verba quælibet eum effectu sint intelligenda, *l. 1. §. hæc autem. ff. quod quisq; jur.* vt aliquid operentur, tam in actibus inter viuos, *l. vlt. in princ. vbi Dd. ff. si cer. pet. l. hanc legem, ff. de contr. em.* quam in vltima voluntate, *l. si quando, vbo Dd. ff. de leg. 1.* ac ne minimum quidem verbum esse debeat sine virtute quidpiam operandi, *sec. unicum Bald. ad rub. quæst. 9. C. de contr. em. Nat. con. 111. num. 6. vol. 1. Matth. de Afflic. decis. 44. num. 19.* Quartò: quia petere non ante diem posse, & interpellare, pro homine, siue in mora constituere plane sunt inuicem diuersa, quorum alterum ab altero non dependet, sed vtrumque a die solutioni destinato: proinde licet prius illud apposito diei subtrahatur peculiari legis aut hominis dispositione, non tamen eidem propterea quoque subtractum erit alterum ne scilicet interpellet, moramve inducat, *arg l. vlt. ff. de calum. l. Pap. exuli, ff. de minor. & similib.* Quintò: quia reseruatio facultatis agendi ante diem fit in fauorem creditoris, & quidem ea intentione seu fine, ne cogatur expectare terminum solutioni destinatum: Atqui si efficeret illa, ne dies in æstimatione sit attendendus, neue in mora debitorem constituat, non modo in odium creditoris detorqueretur, quod jure vix permittitur, *l. nulla juris, ff. de legib.*

l. quod fauore, C.d.t. sed & intentionem disponentium prorsus egrederetur, quod æque non admittitur, l. si ego pecuniam, cum l. seq. ff. si cer. pet. Igitur ex eo, quia tenetur quandoque requisitus ante diem soluere, non recte infertur, debitorem non interpellatum lapsu diei tunc in mora minime constitui.

25 Ampl. 11. vt etiam id tempus solutioni destinatum, quod creditor pro arbitrio & voluntate sua potest efficere breuius, aut producere longius, in mora debitorem constituat, eoque reducenda sit ad illud æstimatio, puta, si promittam soluere ad Calend. Ianuar. & quandocunque me siue ante, siue post interpellaveris, vel: & ab eo tempore, siue, ad id tempus arbitratu tuo: Bart. in l. cum stipulat. sim mihi, num. 9. vbi Ang. Joan. ab Imo. nu. 3. & 4. Franc. Aret. numer. 4. Alex. num. 6. Jas. num. 15. dicens omnes hanc Bartol. sententiam sequi, ff. de verb. obl. Dd. in l. vin. ubi Aliat. ad verb. si dictum, num. 46. Loriot. num. 9. & Bolog. num. 28. ff. si cert. petat. Alciat. in l. ad diem, num. 6. ff. de verb. obl. & in l. interdum, §. vlt. num. 11. ff. d. t. Alex. in l. quoties in diem, nu. 4. ff. de verb. oblig. Iason in d. l. si ex legati, num. 12. Andr. Poriat. in add. ad Bartol. lo. pracit. plures alleg. Marc. Anton. Bauer. de mora, p. 2. num. 2. Boer. consil. 22. num. 4. & 5. Loriot. in libello de mora, §. in his casib. vers. aut si dixero. Bolognet. in l. si insulam, nu. 163. vers. secundo ampl. ff. de verb. obl. Gabr. Rom. & per eum longa serie relati d. conc. 9. nume. 3. communiter hoc tenere Dd. testatur Zas. in d. l. si ex legati, num. 27: á qua sententia licet ipse dissentiat ibid. & in d. l. cum stipul. num. 9. sub fin. tamen eandem amplectitur tandem ac veriorem dicit, in l. ita quis, in princ. num. 6. ff. de verbor. oblig. & pro ea primò textus esse videtur in d. l. cum stipulat. sim mihi, ff. de verbor. oblig. qua stipulatus quis erat opus arbitratu suo ante Calendas Iunias effici: Arbitratus ille, quod in stipulatoris ipsius, non alicuius tertij, vt in l. si in lege, §. 1. ff. locat. personam collatus, adeoque non ipsi tantum operi, sed etiam expresso per contrahentes tempori fuit appositus, Aretin. ibid. num. 4. & Ias. nume. 6. pertinebat etiam ad prorogandum tempus, vt ex textu clarè colligitur, cum perhibetur, arbitrio stipulatoris diem operi laxiorem datum: imò etiam ad idipsum restringendum siue coarctandum, secundum gl. Bart. Imol. & reliquos interpretes ibid. nec tamen illic propterea relevatur debitor, ne per lapsum temporis assignati constituatur in mora, sed perinde committitur stipulatio, ac si tempus in ea simpliciter assignatum, nihilque stipulatoris arbitrio permissum esset. Quinimo cum referat ibi stipulator ipse arbitrio suo postea se diem protulisse, nec minus tamē decidat Proculus, stipulationem siue pœnam committi, quando intra tempus stipulatione compræhensum non est factū, quod fieri debuit. dummodo prorogatio tunc facta fuerit, cum jam expediri promissum factum non posset intra præfinitum tempus: certe multo magis hic erit admittendū, committi moram lapsu temporis assignati, ubi non interuenit prorogatio, sed tantum in dispositione siue contractu nominatim tribuitur seu reservatur stipulatori facultas exigendi vel ante vel post elapsū tempus, quādocunq; libuerit: hic enim longe minor subesse videtur dubitandi ratio, quam illic, cum exactio, si maxime lapsum temporis antecedat, aut subsequatur, moræ nihil officiat, neque deroget, potius effectus eius promoveat, prorogatio vero moræ commissionem vsq; ad lapsum prorogati temporis suspendere consueverit, adeoq; stipulator concedendo laxiorem diē, á lege, quam debitori cōsentienti de opere intra certum tempus expediendo dixerat, quodammodo recessisse videatur, prout hæc ipsa ratio nō obscure indicatur ibid. in versic. cum ipse. Facit l. Aemil. vers. dicebam, & ibi not. per Dd. ff. de minor. Cœtera quę ad genuinum d. l. cum stipul. intellectum pertinent, quia non sunt huius loci, videan-

videantur apud interpretes ibidem, maxime Donell. erudite singula prosequentem. Secundò *tex. in l. ult. §. ult. C. de jure dot.* ubi promissori dotis Imperator concedit biennium à tempore contracti matrimonij computandum, intra quod solvere dotem promissor teneatur, sed ita, ut in potestate mariti sit, exigere dotem ante biennium, si velit, aut postea, quandocunq; libuerit. Nihilominus lapsu biennij debitor dotis in mora constituitur, ut ad vsuras, æstimationem quanti plurimi, & id genus alias accessiones teneatur, *per tex. ibid. & not. per Dd.* Tertiò, quia de natura temporis ad solvendum assignati, eiusque proprium est, interpellare pro homine, *l. 2. C. de jure emphy. l. magnam, C. de contrah. stip. c. potuit, de loca.* quam quidem proprietatem procul dubio retinet illibatam, quoties ei conventione sive dispositione necquicquam derogatum reperitur, *l. contractus, ff. de regul. jur.* Atqui per huiusmodi dispositionem, qua creditori nominatim permittitur facultas tam coarctandi, quam extendendi tempus, vel extendendi solum, neutiquam tollitur illa proprietas, nec quicquam ei derogari videtur, siquidem nisi creditor potestatem sibi datam postmodum ad actum deduxerit, quo de casu minime loquimur, tempus assignatum neq; coarctatur, nec extenditur, sed in vigore statuq; suo permanet, ac proinde quicquid suapte natura operari alioqui consuevit, omnimodo perducit ad effectum. Quartò, quia si per id, quod creditori nominatim permittitur extendere tempus, destrueretur natura temporis, ne interpellet, inq; mora constituat, sequeretur, nunquam ferme tempus assignatum, interpellare sive moram inducere, quia potest illud creditor extendere sive prorogare, licet nominatim ei non sit permissum, cum in ipsius modo præjudicium prorogatio redundet, *l. si quis in conscrib. C. de pact. Las. in d. l. cum stipulatus, n. 6. vers. secundum caput.* Consequens absurdum: Igitur et antecedens. Quintò, quia expressio eius, quod tacite inest, nihil amplius operari debet aut potest, quã tacitum operaretur citra expressionẽ *l. aliquando. ff. de cond. et dem. l. non rite C. de fideiussor. l. hæc verba, ubi late Dd. ff. de legat. 1. Plura congerit Schrad. d. f. n. 1. p. 10. sec. 5. n. 39.* Non est autem dubium, quin tacitè insit obligationi, ut post elapsum diem solutioni destinatum, creditor arbitratu suo, quoties & quandocunq; libuerit, exigere debitum possit. Hinc est, quod verba, *Cum petiero,* sive, *qua die petiero exegero interpellavero,* relata ad id tempus, quo fieri potest exactio debiti, conditionẽ non inducant. *tex. est not. in l. si decem, ubi Dd. ff. de verb. oblt.* Neq; tamen huius modi adiectiones, *quandocunq; me interpellaveris,* vel, *ab eo tempore arbitratu tuo,* & similes plane sunt ociosæ vel supervacuæ, siquidem important admonitionem quandam, quo celerius exolvatur debitum, adeoque ostendunt enixam voluntatem creditoris apprime solutionem desiderantis, qui etiam in eventum moræ committendæ sibi quo ad eius fieri potuit, de consequendo debito prospicere voluit, debitoremq; præmouit, ut quouis die rum sit omnino paratus ad solvendum, *d. l. si decem, & ibi not. per Dd.* Sextò: quia sicut usuræ præstantur, & quanti res valet, æstimatur ex die factæ dispositionis, quoties tale quid in contrahenda obligatione actum est, *l. lecta, ff. si cert. pet. l. qui semisses, l. cum quidem, ff. de usur. cum simil.* sic ubi peculiariter idipsum non fuit actum, usuræ currunt, & quanti res valet, æstimatur ex die solutioni destinato, *l. vinum, ff. si cert. pet. l. ult. ff. de cond. trit. l. cum allegas, C. de usur.* Atqui cum de usuris à tempore natæ obligationis solvendis, vel æstimatione secundum idem tempus instituenda fuit actum, ex die stipulationis interpositæ, sive dispositionis factæ, currunt usuræ, vel quanti res valet, æstimatur, etiamsi dispositioni fuerit annexa clausula, *qua die petieris,* aut alia similis quandam interpellationem impor-

tans, *ut est tex. in l. si ita quis, 135. in pr. ff. de verb. oblig.* Quocirca ubi tale quid actum non fuit, ut in proposito ex die solutioni destinato usuræ current, quanti vere res debita valet, æstimabitur, etiamsi dispositioni fuerint annexæ clausulæ interpellationem præ se ferentes, *per d. l. si ita quis, & ibi not. per Bald. Ias. in d. l. cum stipulatus, num. 15.* Septimò: quia diei appositio foret inutilis alioqui, nec non frustratoria, quæ omni destitueretur effectu, siquidem creditori non obstaret, quo minus arbitratu suo tempus assignatum coarctet, vigoreq; potestatis sibi concessæ ante diem petat, debitor autem impune solutionem ultra diem differre posset, vsque dum creditor postmodum interpellet, perinde ac si nulla dies fuisset assignata. Quia vero consequens illud cumprimis hic absurdum, ubi ordine juris inverso expressio eius quod tacite inest, multum operaretur, id vero, quod tacite non inerat, sine effectu foret, utiq; necesse est, antecedens absurdum esse, juriq; minime consentaneum. Et
26 † hæc quidem ampliatio tum quoq; locum habet, cum tempus, quo fieri solutio debet, adijcitur obligationi mediante tali particula, quæ alias denotaret, finiendæ obligationis caussa fuisse tempus appositum, puta, promitto dare vsq; ad Calendas Iunias, & quandocunq; volueris: vel, & postmodum quoq; arbitratu tuo, vel ad omnem requisitionem tuam. Apparet enim ex reliquis verbis, ultra tempus efficaciter teneri voluisse debitorem, eoque particulam usq; finiendæ obligationis gratia non fuisse adjectam, sed inservire saltem denotando tempori ad solvendum destinato, cuius lapsu debitor in mora constituatur, *per prad. Bart. in d. l. cum stipulatus, num. 9. ubi Ias. num. 15. ff. de verb. oblig. Bald. in c. 2. num. 2. an ille qui interfec. frat. dom. Alex. in l. quoties in diem, num. 3. ff. de verb. oblig. Iason in l. vin. num. 9. ff. si cert. pet.* Tum vero minime procedit, quando ex contextu dispositionis apparet, meminisse contrahentes interpellationis, ut conjunctim eam cum diei adventu requirerent, puta, si quis promittat solvere Calendis Ianuarij, quando fuerit interpellatio facta: tunc enim nec mora committetur, nec æstimationis ratio habebitur, nisi & dies præterierit, & interpellatio per creditorem facta fuerit, secundum ea, quæ dicentur inferius limit. vlt. *tradit. Gab. Rom. lib. 3. t. de sol. concl. 9. n. 4.*

Ampl. 12. Etiamsi tempus adjectum sit petitioni sive exactioni, non solutioni, puta, si centum ita promittantur, ne ante Calendas Iun. exigantur, sive, ne creditor ante nonas Maij petat: Erit enim ex eo tempore æstimanda res debita, cum etiam lapsus illius moram induat, *gl. in l. si duo, §. ultim. & in l. promissor Stichi, ubi Bart. & Dd. ff. de constit. pecu. & post Cyn. Baldus in l. ult. §. praeterea, num. 15. & 17. C. de jure dot. Idem Bald. in l. 1. num. 13. C. quando dies leg. ced. & in l. sed si ex stipulatu, num. 4. ff. de verb. oblig. Ias. in l. cum stipulatus, num. 15. sub fin. ff. de verb. oblig. & in l. si ex legati, num. 14. vers. septimo, ff. d. t. & in l. vinum, num. 10. ubi Purpurat. & Alciat. num. 46. Loriot. nu. 9. versic. vel si dixero, Bologn. num. 28. ff. si cert. petit. Loriot. in libello de mora, §. in his casib. vers. imo idem est. Alexand. consil. 157. volum. 6. Gabr. Roman. d. con l. 9. num. 11. & communiter hoc tenere Dd. testatur Zas. in d. l. si ex legati, num. 24.* Etsi namque non fuerit expresse dictum, præfinito die solvendum esse, ac proinde contrarium statuerit *Bald. in c. 2. an ille qui interf. fra. dom. Refert. Alexand. in l. si unus, §. 1. num. 8. ff. de pact. Sequuntur Zas. loc. rel. Al. iat. in l. ad diem, num. 10. ff. de verbor. oblig. M. Anton. Bauerius de mora, p. 2. num. 7.* tamen eo ipso, quia dilationem creditor indulget, debitor impetrat, per quam solutio differtur ad diem vsq; præfinitum, simul id agitur ab utraque parte, ne ultra diem solutio differatur, siquidem ad tempus concessa, post tempus prohibita censentur, & e diverso, *l. Imperator, ff. de postul. l. cum pater, §. à filia, ubi Bart. ff. de legat. 2.* 27

Fac. l. cum quid & ibi not. per Dd. ff. de legib. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo, revertatur, num. 332. C. de reuoc. don. Menoch. consil. 68. num. 10. lib. 1. Proinde cum sit expediti juris, diem ultra quem solutio differenda non est, in æstimatione ineunda attendendum esse, *l. vin. ff. si cert. pet. l. ult. ff. de cond. trit.* erit etiam casu nostro dies assignatus quoad æstimationem omnimodo spectandus. Quod enim in contractu vel dispositione agitur, si maxime non sit expressum, tam est servandum, tantamque vim obtinet, quam si de eo aperte convenisset, *l. cum quid, ubi Dd. ordinarie, ac præ cæteris Donell. maxime nu. 5. vers. quod si ita, ff. si cert. pet.* nec id modo, quod ex verbis, verumetiam quod ex sententia dispositionis colligitur, in dispositione cautum censetur, *l. nominis, §. verbum, ubi Dd. ff. de verb. oblig. cum simil.* Iam vero cum dies attendatur & interpellet ea de caussa, quia debitor eum prævidere, & interea ad solvendum sese præparare potuit, ut apparet ex *l. 2. C de jure emphyt. l. magnam, C. de contr. stipul. c. potuit, de locat. & ibid. trad. per Dd.* nec dubium sit, quin diem petitioni adjectum tam prævidere, & ante adventum eius ad solvendum sese præparare debitor potuerit, quam si fuisset nominatim solutioni adjectus, quid mirum, si dies petitioni appositus non minus attendatur & interpellet, quam solutioni expresse destinatus, *argum. l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. à Titio, ff. de verb. oblig. fac. c. cum qui, ubi Dd. de regul. jur. in 6. cum concor.* Quid quod eo ipso, dum adjicitur solutioni dies, simul etiam ipsi petitioni sive exactioni adjicitur, siquidem non ante peti potest, quam dies venerit, sive præterierit, & idipsum agitur appositione diei solutioni destinati, ne ante petatur, postea vero, si nondum solutum sit, peti confestim possit, actione scilicet intentata, quod antea fieri non poterat, *l. quoties in diem, ff. de verb. obli. l. cedere, ff. de verb. sign. §. in diem, inst. de verb. oblig.* ut proinde vel hinc appareat, ex eo, quod petitioni dies nominatim adjicitur, potius esse colligendum, voluisse contrahentes, idq; tacite egisse, ne ultra eum diem solutio differatur, quam ut inde firma ratione inferri queat, illum diem non interpellare, nec attendi oportere quoad æstimationem, cum præsertim alioqui sit idem juris futurum die solutioni nominatim adjecto: quod fuerit absurdum. Facit hoc etjam usitata regula, expressionem eorum, quæ tacite insunt, nihil operari, *per vulg.* Verum enim vero sive solutioni sive petitioni dies nominatim apponatur, semper assignatur & adjicitur obligationi, quatenus ea tam petitionem, quam solutionē respicit. *l. actionum, §. in personam, l. nihil aliud, ff. de act. & oblig.* Obligationis autem in diem hoc est naturale sive propriū, ut dies eius interpellet, & in æstimatione sit attendendus. *d. l. vin. d. l. ult. d. l. quoties.* Igitur idipsum procedere tam debebit in die, cuius in assignatione fit mentio petitionis, quam in eo, cuius in adjectione facta solutionis mentio. Quod si rationi cumprimis congruit, ut qui gravatur in vno, vicissim relevetur in altero, *l. cum qui, ubi Dd. ff. de jurei.* quive sentit commodum, onus etiam agnoscat, *i. qui sentit de reg. jur. in 6.* siq; dies obligationis debitorem in eo, ne ante ipsius adventum solvere teneatur, hactenus relevat, *l. cum qui Cal. §. ult. ff. de verb. oblig.* ut vicissim oneret in altero, dum citra interpellationem creditoris, eum in mora constituit, *l. 2. C. de jure emph. l. magnam, C. de contr. stipul.* certe consequitur, diem petitioni adjectum in eo quidem, cum petitionem pariter & solutionem differt atq; suspendit, creditori obesse, debitori prodesse, in altero autem, cum interpellat, & attenditur quoad æstimationem, vicissim creditori prodesse, debitori obesse. ne contra naturam adjectionis diei creditor utrobiq; sustineat onus, omniq; commodo destituatur, debitor autem solus commodum sentiat, & in utroq; sit ab onere immunis. Deniq; pro hac sententia considerari potest,

l. un. §. exactio, C. de rei ux. act. ubi Imp. disponit exactione dotis in rebus mobilibus consistentis, eiq; tempus adjicit annale, à tempore soluti matrimonij computandum: nec minus tamen profitetur in vers. seq. elapso anno incipere, propter non factam restitutionem usuras currere, & id genus aliarum accessionum rationem haberi, cum quidem nec ullius interpellationis sive petitionis factæ meminerit, nec ante diem ea fieri jure sive cum effectu possit, *l. cum filiusf. §. ult. l. si pupillus, ff. de verb. oblig.* ut proinde hinc liqueat, etiam ex die petitioni adjecto, quanti res debita valeat, æstimari, utcunq; interpellatio non interveniat, *per prædicta.* Ex quibus luculenter apparet, nihil obstare, quod in ampl. 6. contra communem opinionem ostendimus, obligationem recipientem ex reipsa dilationem, lapsu diei taciti, ante quem peti nequit moram non inducere: multum enim inter hanc nostram, & illam discriminis est: Illa namq; non est proprie in diem, ut hæc, sed pura, *l. interdum, ff. de verb. obligat. junct. l. eum qui Cal. §. ult. ff. d. t.* in qua nec à creditore, nec à lege indulgetur dilatio, ut in hac, sed quæ per rerum naturam jam ante inerat, inesse declaratur, ne per id, quod esset impossibile, vitietur obligatio, *l. 2. §. qui ita, vers. quare verum, ff. de eo quod cert. loc.* multo minus quicquam in illa relevatur debitor, siquidem nihil amplius continet eius dilatio, quam temporis illud intervallum, quo finito demum, quod promissum est, solvi per rerum naturam potis est, *d. l. eum qui, §. ult. d. l. interdum, l. inter, §. sacram, vers. pro quo, l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. oblig.* Vnde cum in illa cessent, quæ pro hac potissimum in proposito stringunt, nil mirum, si non sit idem utrobiq; juris.

28 Ampl. 13. Etiamsi cautum non sit, ut assignato in dispositione sive conventione die, vel ante vel intra vel ad diem illum solvatur, sed ut post tempus certum sive diem, puta, post Calendas Ian. solutio fiat: Quamvis enim hoc posteriore casu, tantum absit, dictum esse de solvendo sub finem temporis assignati, ut verba dispositionis potius ad aliud tempus, quod priori demum exacto succedit, solutionem referre videantur, adeoq; tam verum sit, eum post diem assignatum soluisse, qui vel tempore longissimo postea solvit, quam qui solvit incontinenti post lapsum diei, nihilominus tamen assignati temporis sive diei lapsum in mora constituere, & in æstimatione attendendum esse, sentit *Albiat. in l. 2. §. creditum, ad verba, si post nuptias, num. 12. vers. & ideo ante, ibid. Bolognet. num. 31. ff. si cert. pet. Socin. consil. 288. vers. circa quartam, lib. 2. Gab. Rom. d. com. l. 9. num. 35. idemq; sensisse videtur etiam Ioan. Rob. lib. 3. animadversion. c. 29. vers. posteriore vero, juncto vers. unde perinde:* estq; cumprimis consentaneum deductis in ampliatione proxima. Namq; cum in casu proxime præcedentis ampl. peræque non fuerit expressum, sive dictum, ut solvatur sub finem, aut protinus post lapsum temporis adjecti, adeoq; petitio, quæ solutionem nondum factam esse præsupponit, totum subsequens tempus omnimodo respiciat, nec minus tamen eam ob caussam, quod dies sive tempus, ante quod non exigatur, fuit assignatum, lapsus eius quoad æstimationem attendatur, certe nec quicquam obstabit, quo minus idem in proposito sit juris, ubi peræque dies sive tempus reperitur appositum, ante quod nec solvere debitor teneatur, nec petere creditor queat. Sed & rationes illic adductæ hic pleræq; militant, siquidem hic etiam differtur solutio ad diem usq; assignatum, eoq; agitur, ne ultra diem solutio differatur, cum præsertim creditor admittendo tempus, cuius ad lapsum usq; solutio differri queat, satis declaret, sese post exactum tempus illico citra moram solutionem tam velle, quam expectare, ut interpellatione nihil opus videatur, quippe cum satis denuncia-

tum

tum intelligatur per spontaneam appositionem temporis, quod alioqui ex re ipsa minime reciperet obligatio, cuiusue lapsum prævidere debitor, & interim ad soluendum sese præparare potuit. Neque vero negari potest, quin casu nostro sit obligatio in diem, vt citra controuersiam probat *l. si ita stipulatus, & l. qui Romæ, in pr. ff. de verb. obl. l. libertas, §. vlt. cum l. seq. §. ult. ff. de manum testam. l. si ita, §. Proculus, ff. de lega. 2.* & oppido fuerit iniquum, debitorem in eo quidem releuari, ne teneatur ante diem soluere, nec tamen in alio vicissim onerari, ut postquam dies assignatus venit, etiam non interpellatus amplius nec admonitus soluere teneatur, si pœnas moratori iure præstitutas vitare velit. Verum enimuero, cum sit extra controuersiam obligationem nostram non modo in diem esse, sed & diem eius venisse, simul atque tempus assignatum præterit, *d. l. si ita stipulat. fuero, & d. l. qui Romæ, d. l. libertas, §. vlt. cum l. seq. §. vlt.* iurisq; sit indubitati, quoties in diem quidpiam debetur, eius æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit, *vt est tex. not. in l. quoties in diem, ff. de verbor. obligat.* quæso, quis amplius aut cur infician poterit, in obligatione nostra rei debitæ æstimationem eodem tempore spectari oportere. Sunt & pro hac sententia textus magis ad speciem concludentes *in l. vlt. §. præterea, C. de iure dot. & l. vn. §. exactio, vers. sin autem, C. de re vx. act.* Etenim *in d. §. præterea*, disponit Imp. vt post biennium ex tempore patrimonij transactum promissa dos marito soluatur: eaq; tunc non statim soluta, illico redituũ, pensionum, aliarumve accessionum quæstus præstetur: id quod fieri minime posset, nisi eo ipso, quia promissor sub finem biennij siue illico post biennium non soluit, mora citra interpellationem induceretur. Similiter & clarius *in d. §. exactio, versicul. sin autem*, disponitur maritum post annale tempus à soluto matrimonio computandum restituere debere res mobiles, vel se mouentes, vel incorporales, nec minus tamen decidituri illic, ex eo tempore ob restitutionem non illico factam vsuras æstimationis earum rerum, quæ extra immobiles sunt, currere, ac per consequens perspicué denotatur, tũ quoque cum disponitur, vt post diem, siue tempus assignatum solvatur, eo ipso moram committi, quia sub eius finem siue non illico post solutio fit: vt proinde lapsus eius quo ad æstimationem sit omnino attendendus. Quibus accedit etiam *tex. l. anniculus, ibi, ante diem ff. de verbor. signif.* ubi æquiparantur ista quo ad significationem & loquendi consuetudinem, *ante diem decimum Calendar. post diem decimum Calendarum*: Dies enim vtrobique significatur idem, & quidem finitus atque completus, *Ind. lat. modo rel.* quia non aliter finiri seu præterire potest, quam si dies insequens simul attingatur, quia temporis est continuus perpetuusque fluxus siue cursus, ratione tantum, hominisque cogitatione, non re ipsa distinctus aut interruptus, vt Physici Logicique tradunt, & *Robert. lo. pracit.* Nil mirum igitur, si promittens aut jussus soluere post diem decimum Calendar. tam in mora constituatur eiusdem diei prætertione, quæ simul esse dignoscitur initium diei sequentis, quam si promisisset aut jussus esset soluere ante decimum Calendar. Quod si cum quid præstari debet ante vel intra certum diem, inducitur mora, quam primum incipit esse verum, ante vel intra diem non esse præstitum, *l. Celsus, in princip. de recept. arbit.* certe similiter etiam, vbi quid est promissum præstari post certum diem, inducetur mora, quam primum incipit esse verum, post diem non esse præstitum: Sunt enim *intra* vel *ante* & *post* invicem opposita, quorum eadem est natura, *l. si mandato, §. quoties, ff. mand. §. 1. instit. de his qui sunt sui vel alien. jur. & §.*

fortis

furterum, in ſi. inſt. de oblig. quæ ex delic. naſc. ubiq. gl. & Dd. Atqui tunc primũ incipit eſſe verum, ante vel intra diem non eſſe præſtitum, cum dies facta nondum ſolutione præterit, *d. l. Celſus, in princ.* Siquidem dies aſsignatus in diſpoſitione tum continetur atque reſpicitur, ut terminus ad quẽ, ac proinde quo ad hoc, vt enunciatio prodicta queat eſſe vera, neceſſario requiritur, vt toto illo tempore, quod diei lapſum antecedit, non ſit præſtitum: E diuerſo protinus incipit eſſe verum, non eſſe præſtitum poſt diem, ſimul atque ſub finem aſſignati diei vel incontinenti póſt non ſoluitur: non autem requiritur, vt poſt diem toto ſubſequente tempore non ſoluatur, alioqui nunquam poſſet fieri vel eſſe verum, non eſſe ſolutum poſt diem: Nec eſt, quod hic expectetur amplius, cum in diſpoſitione dies contineatur ſaltem vt terminus à quo, non autem præter hunc in eadem aſſignatus fuerit alius pro termino ad quem. Ac ſi maxime poſtmodum progreſſu temporis fiat ſolutio, efficiet illa quidem, vt in poſterum ſive reſpectu futuri temporis verum ſit, poſt diem eſſe præſtitum, non tamen retro trahetur, vt propterea pro anteriore quoque tempore, ſive reſpectu præcedentis temporis, quod eſt inter lapſum diei & ſolutionem, deſinat eſſe verum, poſt diem non fuiſſe præſtitum. Vnde conſequitur, eum, qui promiſit aut juſſus eſt ſoluere poſt certum diem, non minus in mora conſtitui, ſimul atque ſub finẽ aſſignati diei vel in cõtinenti poſt non ſoluit, quam is lapſu diei moram committit, qui debuit ante diem ſoluere. Tandem eum in diſpoſitione de ſoluendo intra vel ante diem præfinitum ita ſit jure comparatum, vt ille tantum dies quo ad moram inducendam attendatur, non etiam tempus anterius in conſideratione habeatur, quantumuis alioqui propria vocum *intra* vel *ante* ſignificatione denotetur totum id tempus, quod antecedit: quid mirum ſi propter eandem vel ſimilem oppoſitorum naturam, etiam in diſpoſitione de ſoluendo poſt diem, aſſignatus ille dies moram inducat, non autem tempus inſequens, vt cunque particula *poſt* alioqui conſueuerit id etiam ſignificare ſive compræhendere, *l. Sempronius Attalus, ff. de vſufr. leg. l. qui Romæ, §. Callimachus, ff. de verbor. oblig. l. ſi calumtur, ff. de ver. ſignif. Robert. loc. præc.*

Et † hæc quidem in datione factoque 29
momentaneo procedere videntur, non etiam in factis ſucceſsiuis ſimiliter in obligationem deductis, puta, ſi quis promittat ædificare domum poſt annum, aut inſulam fabricare poſt menſem: Cum enim tali caſu non magis quam priore, vbi datio vel factum momentaneum in obligatione verſatur, facere teneatur, ante diei ſiue temporis aſsignati finem, (id enim important ipſa diſpoſitionis verba in tunc temporis aſſignati terminum à quo, non ad quem, ſtatuentia,) & obſtrictus ad dationem factumue momentaneum per lapſum dicti temporis ideo conſtituatur in mora, quia non in continenti poſt exactũ tempus, ſiue protinus in temporis ſequentis initio, quod cum fine temporis aſſignati in idem recidere videtur, dedit fecitue, quod tamen vnico momento dare facere tunc potuiſſet, facti vero ſucceſsiui debitor, etiamſi ſub finem appoſiti temporis, vel in continenti poſt incipiat, nequeat expedire factum, niſi tantum temporis inſequentis etiam tranſierit, quantum expediendo facto neceſſarium eſt: conſequitur inde, neutiquam debitorem in mora conſtitui ſimul atque tempus aſſignatum præterierit, ſed tunc demum, quando exacto eo tantum ſequentis temporis lapſum fuerit, quo factum expediri potuiſſet, *l. ſi ita ſtipulatus ſim, l. interaum, l. ſi inſulam, ff. de verbor. oblig. cum ſimilib.* Quod tamen ita fuerit accipiendum, niſi verba diſpoſitionis aliud hac in parte importent, puta, ſi in aſſignato tempore inchoari, protinuſque poſt lapſum eius abſolui

debere

debere denotent, prout usu venire videtur, cum quis promittit ædificare domum post annum perficiendam sive consummandam: hic enim ædificatio non differtur usq; ad finem anni, sed absolutio tantum operis, quæ cum tractum temporis non desiderare videatur, ut ædificatio, moram ædificator incurrere videbitur, si non illico post exactum tempus domus absoluta fuerit, *per prædicta.*

30 Ampl. 14. Etiamsi dies factæ dispositionis vel initæ conventionis solutioni destinetur, puta, si quis decem hodie dare spondeat, *ut in l. liber homo, §. 1. ff. de verb. oblig.* Quamvis enim huius diei lapsu debitorem in mora minime constitui, ac vi consequentis id tempus, quo postea per interpellationem mora inducetur, quoad æstimationem attendendum censuerint *Raph. Cum. in d. §. 1. ubi Castr. num. 1, & 3. Iason num. 4. & ex recentiorib. idem sensisse videatur ibid. Cuiac. Ioan. ab Imola, in l. si insul. num. 27. vers. sed forte in hoc, & Alexan. num. 18. ff. de verb. oblig. Stephan. Forcatul. de mora, p. 3. numer. 4.* moti tum, 1. per tex. *d. §. 1.* ex quo colligi videtur, huiusmodi obligationem esse puram, non in diem, alioqui expectandum esset, donec ille dies præterijsset, *§. in diem, inst. de verb. oblig.* tum, 2. quia cum in eo non relevetur debitor, ne possit ante diei lapsum ab eo peti, non debet etjam in altero gravari, ut lapsu diei moram incurrat: tum, 3. quia tempus idem non potest inducere obligationem, & constituere simul in mora, *secundum Dd. in l. quoties in diem, ff. de verbor. oblig.* tum, 4. quia breuitas termini sive temporis efficit, ne possit in mora constitui, *ita Ias. in d. §. 1. num. 4. per ea quæ tradit Bald. in l. si mihi & tibi, §. 1. ubi Alexand. & reliqui, ff. de legat. 1.* Verius tamen esse videtur contrarium, *quod tenuit Bald. in l. 1. num. 7. C. quando dies legat. & sensit Angel. in d. §. 1. ubi notabiliter præ cæteris Alciat. num. 4. Idem Angel. in l. si insulam, ubi Ripa num. 45. Bolognet. num. 118. ff. de verb. oblig. Fra. Aret. in l. si mora, num. 6. vers. tertio adde, ff. solut. matr. Alciat. in l. si ita stipulatus sim, in fin. ff. de verb. oblig. Loriot. in l. cum tempus, vers. prim. à si ita, ff. de regul. jur. Cagnol. in l. in omnib. obli. num. 8. ff. de regul. jur.* probaturq; non obscurè primùm quidem ex eo, quia dispositiones sive conventiones huiusmodi non sunt in rei veritate puræ, sed in diem, quod aperte confirmat textus ab Ang. allegatus *in l. talis scriptura, ff. de legat. 1.* ubi ICtus dispositionem testatoris, qua legauerat alicui centum præsentia, sive præsenti diè præstanda, non modo secernit atq; distinguit à legato pure relicto, verum insuper ostendit, appositam à testatore clausulam, qua jusserat legata, quibus dies non est appositus, hæredem annua, bima, trima die dare, ad legata pura modo pertinere, non etiam ad legatum centum præsenti die præstandorum, ac vi consequentis id ex eorum numero, quibus dies non est appositus, excludit, esseq; legatum in diem statuit. Ad idem *tex. in l. Titio, ff. de legat. 2.* Iusserat testator hæredem Titio centum aureos præsenti die dare: deinde protulerat diem legatorum: Legatorum inquam, non purorum, quia diem non habent, *d. l. talis scriptura, l. in omnib. oblig. ff. de reg. jur. cum simil.* eoque dies qui non est, prorogari minime potuit, *l. 4. in princ. ff. de dam. infec. l. sed si manente, ff. de precar.* sed relictorum in diem, *ut notat Raph. Cum. ibid. & in d. l. talis scriptura, ubi latius Ias. num. 27.* Respondet Papin. legatum illud habere diem proprium, ac proinde non esse purum contendit, sed in diem. Quod magis etiam hinc patet, quia repræhendit Alphenum, qui cum retulerit, centum præsenti die deberi, & sic existimauerit, prorogationem diei huc minime pertinere, ac proinde legatum istud pro puro habuerit, non autem legatis in diem, quorum dies erat prorogatus sive prolatus in longius tempus, accensuerit, necesse est, Papinianum censuisse, idipsum non esse purum, sed in diem:

Quo-

Quoties autem est obligatio in diem, æstimationem eo tempore spectare oportet, quo venit dies, *l. quoties in diem, ff. de verb. oblig.* Secundo, quia licet adjectio diei præsentis supervacua sit, quantum ad vim & effectum dispositionis sive conventionis pertinet, tamen ad cœtera, quæ scilicet extrinsecus accedunt, sive superveniunt, omnimodo proficit, ut ait Vlpian. *in d. l. talis scr. ubi gl. ac præ cæteris etiam Ias. n. 8.* Vis autem & effectus eius consistit in actione sive petitione, *l. obligationum subst. juncta l. actionum, §. in personam, ff. de act. & oblig. & in terminis notat etiam gl. in d. l. talis scr. cum qua transeunt ibid. Dd.* Mora vero extrinsecus accedit, & ex postfacto supervenit, *Alciat. in d. l. liber homo, §. 1. num. 4.* perinde ut clausula, quam testator in casu *d. l. talis*, extra præterq; legatum peculiariter apposuerat: multoq; magis æstimatio accedit extrinsecus atq; supervenit, *ut tot. Dd in d. l. vin. ff. si cert. pet.* Debebit igitur adjectio diei præsentis omnimodo proficere quoad æstimationem, moramq; inducendam. Tertiò, quia tex. *d. l. liber homo, §. 1.* est unicum & præcipuum prioris opinionis fundamentum, in quo tamen disceptatur id modo, num præsenti die peti debitum vel exigi queat, nec quicquam aliud perhibetur, quam diem præsentem non differendæ actionis gratia insertum videri, eoq; pecuniam eodem die peti posse: quod ut á nobis ultro conceditur, & est in se verissimum, ita vicissim negatur, inde colligi vel inferri posse quicquam ad propositum nostrum, cum sit in ampl. 10. luculenter ostensum, diem solutioni destinatum interpellare tum quoq;, sive quoad æstimationem attendendum esse, quando ante adventum, nedum ante lapsum eius exigi debitum potest. Facit huc, quod textus legis non sit trahendus ad aliud thema, quam quod in ea principaliter disceptatur, *l. qui testamento, ubi Danth. ff. de testam. Molin. ad l. un. q. 10. C. de sent. quæ pro eo quod int.* quodq; in separatis atque diversis, quorum alterum ab altero contingit abesse, qualia sunt in proposito, non differri actionem, sive peti ante lapsum diei posse, & in mora constituere, sive quoad æstimationem attendi, nulla invicem illatio jure fieri possit, *l. ult. ff. de calum. l. Papin. ff. de minor. cum simil.* Quartò, quia diei præsentis adjectio foret alioqui plane superuacua seu frustratoria, nec quicquam operaretur, siquidē nec solutionem differret, nec petitionē aliquantisper inhiberet, nec interpellaret, nec in mora lapsus ei constitueret, quodq; consequens huius est, nullos effectus moram comitari solitos induceret: Multo minus fuit opus ulla demonstratione diei præsentis per sese plus quam notoriæ, ut nec tali excitatione, qualem Iason fingit, quæ foret inefficax, & elusoria, dum etiamnum futura expectatur per dies quamlibet multos, adeoq; reputatur esse necessaria interpellatio, quæ debitorem sui demum officij cum effectu commonebit. Quia vero consequens, utcunq; Castr. & alij interpretes in *d. §.* illud admiserint, absurdum videtur, ut tradit etiam *Ias. d. §. 1. nu. 3.* erit & absurdum antecedens, videlicet, lapsum diei præsentis in mora non constituere. Quintò colligitur idipsum considerata intentione disponentis sive contrahentium, quæ quidem non alia fuisse videtur, quam ut hac diei præsentis adjectione celerior obtineretur solutio, debitorq; magis admoneretur & incitaretur, ut quam primum vel incontinenti solvat, ac ne quidem præsentem diem, prius quam solverit, labi sinat, *ut notat Bald. in d. §. 1. ubi Zas. & alij, Donell. in l. cum qui Cal. §. ult. nu. 14. ff. de verb. oblig.* Eam propter adjectionem si creditori facultas eodem die petendi subtraheretur hoc prætextu, ne sit in præsenti die solutioni destinato aliud, quam in reliquis temporibus, id resultaret, quod est omnino contrarium intentioni partium, cui nihil æque consentaneum, quam si facultas eodem die petendi reservata intelligatur creditori, quippe cuius alio-

alioqui in exigendo & repetendo instantiam jura desiderant, *l. mora, in pr. vers. & non sufficit, ff. de usur. l. trajectitia, ff. de act. & oblig.* Iam vero eidem intentioni vel maxime inseruit, eamq; plurimum adjuuat alter ille die solutioni destinati effectus, quod videlicet eius lapsus in mora constituit, quia singularis illa admonitio & incitatio debitoris ad obtinendam eodem die solutionem, hoc modo redditur efficax, vires ac robur suscipit, alioqui futura inefficax & frustratoria: sed & metu pœnarum frustrationi jure præstitutarum deterretur debitor, ne diem priusquam solverit, præterire sinat, potius omnem adhibeat diligentiam, ut eodem die conventionis siue dispositionis legi, ut par est, satisfaciat. Quod si vero propter intentionem disponentis siue contrahentium diei solutioni destinati natura in eo, ne scilicet ante quam præterierit, peti possit, alteratur & inmutatur, quanto magis propter eandem intentionem natura eiusdem in alio, ut scilicet moram, simul atq; præterierit, inducat, conseruabitur, cum natura, quam euiq; rei vel actui jus nostrum attribuit, facilius conservetur, quam eidem derogetur, *l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alie. jur. l. si unus, §. pactus, vers. quod & in specie, ff. de pact. l. contractus, ff. de regul. jur.* quodque non mutatur, in viridi remanere debeat observantia, *l. sancimus, C. de testament. l. præcipimus, C. de appell.* cumque in priore illo præferatur, quod magis intentioni congruit, quantumvis naturæ verbisq; dispositionis minus conveniat, longe magis posterius, quod intentioni cumprimis inservit, & naturæ verbisq; dispositionis aptissime congruit, obtinere debebit; *fac. l. jurisgentium, §. pactorum, vers. utrum, ff. de pact. l. Labeo, §. sed de his, ff. de his, ff. de supell. leg. l. in conuentionib. ff. de verb. signif. cum simil.* Sextò, quia diei præsentis adjectio stipulationem vitiat & inutilem reddit, quoties per naturam est impossibile, solutionem eodem die fieri, *ut est tex. in l. non utiq; 3. §. qui ita, vers. quare verum, ff. de eo quod cert. loc. l. quoties, vers. & ideo, ff. de operis libert. §. loca, vers. & ideo, inst. de verb. oblig.* Hoc vero nulla ratione posset efficere diei præsentis assignatio, si lapsus eius debitorem ipso jure in mora non constitueret, cum quia dies ille foret inefficax, nec de jure sortiretur effectum, eoq; nec impedire posset, quo minus stipulatio valeat, *c. non præstat, de regul. jur. in 6. & simil.* tum etiam, quia tali casu creditor sive eodem, sive sequentibus interpellaret ante quam solutio per rerum naturam fieri queat, constituere minime posset in mora debitorem, qui justissimam differendi caussam haberet, quam diu naturale futuræ solutionis impedimentum durat, *l. secundum, cum seqq. ff. de usur.* Vnde in effectu dilationem, vsq; dum per rerum naturam solutio fieri possit, debitor habiturus esset non minus quam eo casu, cum stipulatio citra diei præsentis assignationem facta est, ac per consequens assignatio illa stipulationem non redderet inutilem: quod cum repugnet legibus antea citatis, admittatur necesse est, lapsum diei præsentis assignati in mora constituere. Septimò, quia assignatio diei præsentis debitorem astringit, ut omnimodo teneatur eodem die solvere, quod aperte liquet cum ex *d. l. non utiq; §. qui ita, d. l. quoties, & d. §. loca*, tum vero maxime ex *l. ult. §. si inter eos, ff. de verb. oblig.* Quorsum enim opus esset, tam promissorem, quam stipulatorem ante aliquod tempus suo quemq; dispensatori notum facere, futuram eo die stipulationem, ac demandare, promissorem quidem suo dispensatori, ut det, stipulatorem autem suo, ut accipiat, nisi oporteret eodem die solutionem in loco destinato præcise vel omnimodo fieri. Quoties autem tenetur debitor certo die solvere, citra controversiam dies interpellat, eiusque lapsus in mora constituit, *d. l. magnam, C. de contr. stipul. cum concor.* Octavò, quia dissentientes interpretes ideo negant lapsu diei

præſentis moram induci, quia diem preſentem opinantur aſsignatũ eſſe, non dationi ſive ſolutioni, ſed ipſi diſpoſitionis ſive promiſsionis actui, adeoq; non ad executiua, ſed ad verba diſpoſitiua, ſive promittendi referendum eſſe, perinde ac ſi dictum eſſet in *d. §. 1.* hodie promittis ſive ſpondes, quod decem dabis: *Ita Bart. ibid. quem ſequitur Caſtr. & cæteri Dd.* communiter *teſte Iaſ. num. 5.* Verum ut eo caſu, quando ad verbum diſpoſitiuum ſive promittendi præſens dies aperte refertur, eſt extra omnem controverſiam, lapſum illius in mora nõ conſtituere: ita cum ſimpliciter hodiernus dies aſsignatur, *ut in d. §. 1.* abſurda Bartoli & aſſeclarum interpretatio defendi vel admitti vix poteſt, ſed ad ipſam potius dationem ſive ſolutionem omnino diem referri oportet, ut recte cenſuit *Franc. Aret. in d. §. 1. n. 3. ubi Alciat. n. 1. & 2. Zaſ. n. 6. Donell. Lortot. in d. l. cum tempus, in pr. Donell. in l. cum qui Cal. §. ult. n. 14. ff. de ver. oblig. & euincunt d. l. talis ſcriptura, ff. de leg. 1. l. Titio centum, ff. de leg. 2. l. non utiq. §. qui ita, ff. de eo quod cer. loc. l. quoties, ff. de operis libert. l. ult. §. ſi inter eos, ff. de verb. obli. § loca, inſt. d. t.* poſſetq; pluribus oſtendi, niſi ab Aret. & Alciato ſufficienter eſſet comprobatum. Nec obſtant, quæ pro opinione priore antea fuerunt allata. Nam in textu *d. §. 1.* obligationem non eſſe puram, ſed in diem, utcunq; nondum finito die peti poſsit, abunde perſpicuum ex dictis tam in hac, quam in ampl. 10. Minus urget ſecundum, quia conſiderata diligentius intentione diſponentis ſive contrahentium, apparet eos contrarium voluiſſe, quod proinde merito ſequendum, *l. ſemper in ſtipul. ff. de reg. jur.* Quin eo minus debitor in propoſito releuari quo ad moram poteſt, quia releuatio, quod de natura diei aſsignati reſiduum eſt, euerteret: quod admittendum non eſt, cum natura rei non mutetur, nedum deſtruatur, niſi contra eam quidpiam diſpoſitum reperiatur, *l. contractus, ff. de reg. jur, l. ex emto, in pr. ff. de act. emt.*

Circa tertium, negamus in propoſito utrumq; fieri eodem tempore, ſiquidem obligatio protinus eo momento, quo diſpoſitio ſive conventio perfecta fuit, naſcitur, mora vero non niſi præterierit idem dies, finitusq; fuerit, committitur. *Alcia. d. §. 1. nu. 4.* Ad ultimum reſponderetur, breuitatem termini ſive temporis anguſtiam in contractibus ſtricti juris, qualis eſt ſtipulatio *in d. §. 1.* non obſtare, nec impedire, quo minus dies aſsignatus interpellet, niſi naturale impedimentum inducat ea, ſive præſtationem plane reddat impoſsibilem, ut infra dicetur, *traditq. Iaſ. & ab eo relati in d. l. ſi mihi & tibi, §. ſi quis ſeruos, n. 8. ff. de legat. 1.* Quin & ſi abſq; eo eſſet, ſuppeteret tamen alia quoq; reſpõſio ex dictis in ampl. 9. verſ. *ac ſi maxime.*

Ampl. 15. Quia dies ſolutioni 34
deſtinatus attenditur quoad æſtimationem, etiamſi poſt lapſum eius creditor debitorem, ut ſolueret, interpellaverit: Quamvis enim nonullis tali caſu viſum ſit, per ſubſequentem interpellationem creditorem receſsiſſe à lege diſpoſitionis, & præcedentem remiſiſſe moram, *ut ſenſiſſe videtur Bart. in l. AEmilius, n. 1. ff. de minor. & in l. non ſolum, §. morte, n. 34. ff. de noui oper. nunc. Loriot. in apic. 1. de mora, ax. 9. & in libello de mora, verſ. ſexto voluerunt nonnulli:* cum per tex. *l. AEmilius, verſ. dicebam, ff. de minor.* tum etiam, quia conſtat moram præcedentem purgare ſive remitti, quoties creditor de nouo ſtipulatur rem ſibi debitam, *l. ſi Stichum, in pr. ff. de nouat. l. ſcire, §. ult. ff. de verb. oblig.* Verius tamen eſt; interpellatione ſequente non modo non remitti moram anteriorem, ſed & eam vehementius aggrauari, ac proinde vel maxime diem in æſtimatione ineunda eſſe attendendum: *ita ſenſit Raph. Cum. in l. cum procurator, §. ſi dominus, ubi Ioan. ab Imol. num. 5. Caſtr. num. 1. Alex. n. 4. Iaſ. n. 3. & ſeqq. ff. de no. operis nunc. Iaſ. in l. ſi ex legati, nu. 18. ff. de verb. obli. & in l. vinum, num. 16. ubi Ioan. Bologne. n. 50. dicens* communiter *Dd. illam Bart. opinionem reprehendere, ff. ſi cert. petit.*

Coraſ.

Coras. lib. 2. miscell. c. 6. nume. 11. & 12. Stephan. Forcatul. de morâ. p. 3. nume. 5. Refert Diaz. regul. 351. Idem sensere DD. in l. traiectitiæ, maxime Cuiac. tr. ad Afric. 8. ff. de act. & oblig. & probatur aperte per tex. *d. l. traiectitia*, vbi obligatio traiectitiæ pecuniæ fuit in diem, quem solutione nondum factâ præteriisse supponit Africanus, dum partem pecuniæ traiectitiæ exactam fuisse asserit, pœnamq; peti posse contendit, quorum neutrum habet locum ante diei lapsum. Ad eum ergo diem, cum debitor non soluisset, interpellauit eum servus creditoris, postmodum aliquandiu desiit petere, tandemque rursus interpellauit. Hic tantum abest, ICtum decidere, moram præcedentem interpellationibus subsecutis remissam videri, vt potius pro indubitato habeat, pœnam in dies singulos, cum qui solutioni dictus erat, sequentes promissam, esse pro eo tempore, quo interpellatum fuit, omnimodo commissam. Id vero quasi magis dubium decidit, peti scilicet eius quoq; temporis, quo debitor interpellatus non esset, pœnam posse. Non igitur negari potest, moram lapsu diei contractam adaugeri, si debitor interpellet, nequaquam tolli. Deinde constat, quoties debitor per interpellationem creditoris in mora constitutus fuit, etiamsi vlterius interpelletur, tamen moram semel contractam etiamnum durare, ac potius eo ipso longe grauiorem fieri, *tex. in l. si mandato Titij, §. ille illi, ff. mand. l. qui Romæ, §. cohæredes, ff. de verb. obl. & fatetur ipse Loriot. lo. rel. nec inficiatur Bart. in d. §. ille illi, vel in d. §. cohæredes.* Iam vero ratio nulla reddi posse videtur, cur non idem responderi debeat in mora lapsu diei contracta, cum non minus dies, imo magis interpellet, inque mora constituat, *l. magnam, C. de contr. stipul. v. potuit, de loca.* Quinimo maior hîc ratio militare videtur, quam illic, quandoquidem minus verisimile videtur, eum qui debitori tantum alias indulsit, quive diei præteritionem tam diu expectare coactus est, nec ante potuit exigere, quicquid juris ex diei lapsu, moraque debitoris sibi fuit acquisitum, eo ipso remittere voluisse, quia exegit sive petiit, postquam exigendi facultas actu cœpit ei competere, cum è diuerso in obligatione pura creditor parum vel nihil indulserit debitori, quem pro libitu interpellare primo quovis tempore potuit, vt si vllo casu, potius isthoc altero, quam priore coniectandum foret, creditorem denuo interpellando moram anteriorem, quodque propterea deberi cœpit, remittere voluisse, cum præsertim dies longe sit efficacior quoad moram inducendam & sustentandam, quam hominis interpellatio, *vt post alios notat Iason in d. l. si ex lega. num. 12. Gab. Rom. lib. 3. com. concl. tit. de solut. concl. 9. nu. 2. ac per eum relati*, moraque diei lapsu contracta extinctioni sive purgationi minus obnoxia sit, *l. Celsus, ff. de recept. arb. d. l. traiectitia, cum sim.* per interpellationem autem inducta, longe facilius extingui, diuq; purgari possit, *l. interdum, §. vlt. si servum, §. sequitur, ff. de verb. obl. cum similib. vbiq. DD.* Quod si propterea, quia creditor, postquam dies solutioni destinatus præteriit, debitum petiit, mora quodque dependet ex ea, tolli sive remitti censetur, & in judicio non minus, quã extra judicium, petitio debiti fit, necesse fuerit, etiam judiciali petitione siue interpellatione moram & ex ea dependentia censeri remissa, quod est absurdum, & contra *l. vinum, ff. si cer. pet. l. vlt. ff. de condic. trit.* Nec vero post moram interpellatio fieri videtur alia de caussa, quam ad exaggerandum & augendum desiderium interpellantis, *d. l. qui Romæ, §. cohæredes, ff. de verb. obl. d. l. si mandato, §. ille illi, ff. mand. Ioa. de Im. in d. l. cum procurator, §. si dominus, n. 5. ff. de no. oper. nunc.* & ad finem compellendi debitorem ad satisfaciendum, *Bolog. in d. l. vin. n. 50.* vt magis incitetur debitor ad soluendum, magisq; in mora constituatur, *Ias. d. l. si ex lega. nume. 18.* adeoque contumacior efficiatur, *Alex. in d. §.*

si dominus, n. 4. fac. l. nonnunquam, ff. de judic. l. 4. ff. de pign. act. l. tres demum. C. quom. & quando jud. Non igitur interpellantis intentionem egredi, *l. non omnis, ff. si cer. pet.* multoque minus effectum contrarium, qualis remissio moræ, jurisque inde quæsiti procul dubio foret, sortiri debet, *l. legata inutiliter, ff. de adim. lega.* Adde quod remissio juris in dubio facta non intelligitur, nisi necessario ex actu inferatur, *Menoch. ac per eum relati cons. 389. num. 13. lib. 4.* quippe cum censeatur & in effectu sit quæpiam donatio, & ob id non facile præsumenda, *l. cum de indebito, vers. qui enim, ff. de proba. Menoc. lo. rel. plures referens.* Nec obstat huic sententiæ *l. Aemilius, in v. dicebam,* quia recte respondetur ab interpretibus, eam loqui & procedere demum, quando subsequens interpellatio tendit ad contrarium finem, quam tendat antecedens mora: tunc enim quia contrarium petit eius, quod propter moram sibi competere vel deberi cœpit, quodque cum petito sese minime compatitur, nil mirum si eligendo alterum eorum, quorum utrumque pariter consequi vel habere nequit, alteri quantumvis per moram quæsito, renunciare intelligatur: id quod in proposito latius prosequitur *Alex. in d. §. si dominus, num. 4. ubi Ias. num. 8. Jas. in d. l. si ex legati, nu. 19. Bolog. in d. l. vin. nu. 50.* Facilior est ad *d. l. si Stichum, in pr. juncta d. l. fere, §. ult.* responsio; quia loquuntur illa jura in posteriore stipulatione, per quam novatur & abolerur prior obligatio siue stipulatio, qua sublata tolli simul est necesse, quicquid juris vel ex ea dependet, vel eidem accedit, *l. cum principalis, ubi Dd. de regul. jur. l. 1. 2. 3. ff. de pecul. lega.* ac per consequens etiam jus ex ea propter moram quæsitum, *tex. not. in l. centum Capuæ, in final. ff. de eo quod cer. loc. l. eos qui, C. de usur. l. si deposita, C. depos.* cum præsertim ex qua caussa non est amplius ulla petitio, ex ea nec mora fieri vel superesse possit, *l. si pupillus, ff. de verbor. obl. l. nulla intelligitur, ff. de regul. jur.* Interpellatio vero sive petitio post diem facta non modo non tollit obligationem præcedentem, sed etiam cum primis eo tendit, ut obligationi congrua celerique solutione satisfiat, ut proinde nullatenus illa remittere queat moram anteriorem, potius illam adaugeat, *l. si mandato, §. ille illi. ff. mandat. l. mora, ff. de usur. l. traiectitia, ff. de action. & obligat. l. qui Romæ, §. cohæredes, de verbor. oblig.*

Porro † ut ad limitationes regulæ tandem etiam descendamus, cumprimis ea restringitur, ne procedat in obligatione dandi, quando post diem solutioni destinatum crevit æstimatio: Quanti namque plurimi res debita fuit ab eo die, tantum præstare oportere debitorem, per quem stetit, quo minus eo die solueret, tradidit *Ioan. quem refert. ac sequitur Accurs. in d. l. vinum, verbo, quanti tunc, ubi Bartol. numer. 1. 4. 5. Bald. maxime nume. 12. Castrens. ante numer. & numer. 3. & 10. Alexand. ante num. & num. 8. 14. & 15. Aret. nu. 2. & 4. Jason ante num. & num. 13. versic. gl. in ver. quanti Dec. nume. 4. Picus ante num. & num. 23. Loriot. nume. 8. Bologn. num. 10. 13. 18. vers. notandum, & 30. ff. si cer. pet. Gl. in l. in hac, ubi Bartol. Bald. numer. 1. 2. & 3. Castrens. nu. 1. & 3. ff. de condic. trit. glos. in l. 3. §. in hac, ubi Bartol. numer. 3. 7. & 8. Bald. nu. 3. Castr. n. 5. ff. commod. Ioa. de Im. in l. quoties in diem, n. 2. dicens ex autoritate Bald. hanc sententiam esse communem & s. curiorem, Cast. 1. Ias. n. 1. Cujac. vers & in summa, ff. de verb. obl. Cuia. tr. ad Af. 8. in l. hominem, ff. mand. Matt. de Afflic. decis. 316. nu. 1. Boer. decis. 68. nu. 5. Bellon. lib. 2. supput. c. 14. in princ.* communem *dicens, Molinæus de usur. q. 99. nu. 745. & ad l. unic. q. 3. maxime numer. 103. C. de sent. quæ pro eo quod int. Coras. lib. 3. miscell. c. 13. nume. 5. Natta cons. 599. num. 1. & 3. tom. 3. Pacius ἐναντιοφ. centur. 3. quæst. 72. opp. 1. Bronch. ἐναντ. cent. 1. assert. 65.* pro qua textus *in l. in re furtiua, §. si ex caussa, ff. de cond. furti, & l. penult. ff. rer. amot.* 52

Loquun-

Loquuntur ij quidem in condictione furtiua, & rerum amotarum actione, sed ea nominatim adjecta ratione, quæ non minus his, qui præfinito die non soluerunt, quam furi congruit. Vt enim protinus à tempore furti commissi, vsq; dum restituerit, fur moram semper facere creditur, ita protinus ab eo die, quo solvi debuit, vsq; dum satisfecerit, moram facere debitor toto intermedio tempore censetur, *l. si sterilis, §. cum per venditorem, in fin. ff. de act. emt. l. trajectitia, ff. de act. & oblig. Dd. loc. rel. maxime Natta:* ac proinde cum non alia de caussa fur, quam quia toto illo tempore moram fecisse videtur, ad æstimationem quanti plurimi teneatur, necesse fuerit, ut eandem ob caussam debitor etiam sua die non solvens, ad id quo pluris debita res ab eo die valuit, omnimodo teneatur. Adducitur pro eadem sententia tex. *d. l. si sterilis, §. cum per vend.* ubi ICtus moram factam esse nominatim præsupponens ait, obligationem crescere, si res debita sit hodie pluris: neutiquam vero cresceret, si nulla incrementi æstimationi rei debitæ supervenientis foret habenda ratio. Iam vero nisi debitor, qui sua die non solvit, teneretur ad æstimationem quanti plurimi, damnum decrescentis ante satisfactionem æstimationis, creditor sentire cogeretur, moraque frustratori prodesset, certe non obesset, quod est absurdum. *l. hominem, ff. mand. l. in condemnatione, §. vnicuiq; ff. de regul. jur.*

11 Contrarium † vero tam in re certa sive specie, quam in debito generis aut quantitatis, tenet eruditissimus *Ant. Faber lib. 16, conjectur. c. 6. & de error. pragmat, deca. 16. err. 4.* Alciatus autem *in d. l. vin. nu. 13. & ibid. Donell. nu. 14. rursusq; Donell. in d. l. quoties, nu. 7, & 10.* etsi amplectantur communem sententiam, quoties in obligatione certa quædam species versatur, tamen ubi quantitas aut genus, puta, vinum, oleum, est in obligatione, negant, quanti plurimi res debita post diem solutioni destinatum fuerit, præstari oportere, sed tanti demum, quanti fuit eo die, quo dari debuit, æstimandam contendunt, ille quidem *in d. l. vin. num. 12.* hic *ibid. nu. 6. 7. 14. & seqq. & in d. l. quoties, num. 6. 10. & 11.* nixi potissimum verbis apertis *d. l. vin. & l. ult. ff. de condict. trit.* ubi cum quæsitum esset, cuius temporis æstimatio fieret, Cassius, Iulianus & Cajus clare respondent, tanti litem æstimandam esse, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: Quo ipso perspicue negare videntur, ea tempora spectanda esse, quæ antecedunt vel sequuntur, cum ii diversam æstimationem habent, plus vno simul spectari non possit. Quin adeo locis, quibus agunt de æstimanda re debita in diem, ICti referunt æstimationem ad tempus obligatione compræhensum, ut nullum aliud demonstrent. Quod si tanti res æstimanda, quanti plurimi fuit, nec magis uno, quam quovis alio die fieri potest ac solet, ut res tunc plurimi sit, procul dubio consequetur, ubi dictum est, quo die sive tempore solvi debeat, non unum illum certumq; diem sive tempus esse spectandum, ut ICti voluerunt, sed infinita propemodum & incerta, videlicet omnia, quæ diem solutioni destinatum sequuntur, usq; dum satisfactum fuerit. Certe qui tempus quo res plurimi fuerit, attendendum censent, negant idem de die solutioni destinato, nisi quando usuvenit, ut eo die res plurimi fuerit, ac vi consequentis evertunt præcitata ICtorum responsa. Cumq; ICti simpliciter non apposita vlla conditione statuant, præstari oportere, quanti fuisset eo die, quo præstari debuit, utique nobis integrum vix erit, addere conditionem præsertim talem, quæ manifesta legum verba quam maxime restringeret, pariterq; dispositionem ipsam in immensam, respectu scilicet temporis extenderet, qualis absque dubio foret illa, quam secundum communem opinionem oportet adjicere, videlicet, si res eo die plurimi fuerit. Quorsum vero fuisset opus,

plurium temporum, puta, diei solutioni destinati, vel accepti judicij, meminisse, si non ad ea per sese referri debet æstimatio, sed ad tempus ab eis quam maxime diversum, quo res pluris valuit? Nam fingere licebit, ICtos cum exprimere perspicue uno & altero verbo tam potuissent quam debuissent, nempe spectandum esse, quanti plurimi res fuerit à tempore moræ, supervacaneam pariter & mutilam temporum, quibus in mora quis constituitur, enumerationem instituisse, interim quod propositæ disceptationis caput erat, scituque maxime necessarium fuerat, alto silentio prætereisse, nobisq; divinandum reliquisse. Iam vero quoties lege præcipitur æstimandum, quanti res sit certo quopiam tempore, totius id observatur, ut sive postea creditoris interesse desinat, sive pluris aut minoris interesse incipiat, nunquam actio locum habeat, vel ad augendam æstimationem, vel ad minuendam, *l. ubi, in fin. ff. de eden. l. qui autem, in fi. ff. si quis caut.* Ac pro sententia sive confirmatione tex. *l. si Calendis, ff. de re iud.* singulariter perpendit *Donell. in d. l. vin. num. 6.* ubi simul etiam evincere conatur, ad tempus solutioni destinatum æstimationem non ea de caussa referri, quia lapsus eius in mora constituit, sed quia tale quid ex aperta conventione sive dispositione dependet, qua licet non expresse perhibeatur, rem sive mercem eius temporis præstari debere, tamen id ex eo, quia præfinitur tempus, quo dandum sit, necessario suaq; sponte sequitur, quandoquidem non potest res eo tempore dari, nisi quæ sit eius temporis: oportet enim eo tempore esse, si solvitur: Ita Donell. etiam *in d. l. quoties, n. 10.* Hæc ratio, quia cessat in tempore diem solutioni destinatum sequente, quo res pluris valuit, (nec enim res illius temporis tacite vel expresse promissa est) non etiam ad id tempus æstimatio reducenda. Addit Faber, in id concurrere voluntatem utriusq; contrahentium, ut si res ad diem soluta non erit, ea præcise & omnimodo debeatur æstimatio, quæ tum fuit, sive minor sive major fuerit, quam quæ supervenit, non secus ac si nominatim convenisset, ut non facta ad diem solutione, quanti tunc res esset, præstaretur. Rursus regula iuris est, nunquam ex postfacto crescere præteriti delicti æstimationem, *l. omnis hereditas, §. nunquam, ff. de regul. iur.* Multo minus igitur præteritæ moræ crescet æstimatio, si nihil nisi moram spectemus, quandoquidem mora multo minus quam delictum est. Præterea nunquam maior fit obligatio ob id solum, quod tardius agitur, *l. si sterilis, §. cum per vend. ff. de act. emti.* Fieret autem maior, si ob id cresceret æstimatio rei debitæ, quod ad dictum diem creditor non egisset, remq; debitam non exegisset, cum si statim actum fuisset, quæri hodie de maiori æstimatione, quæ nunc sit, non oporteret. Deniq; jus hoc, ut adjecta die inspici debeat, quanti tunc res fuit, non ex odio moræ debitoris, sed ex re ipsa & potestate obligationis descendere, & consequenter augmentum æstimationi post eum diem supervenies in consideratione non esse, facile colligi potest ex eo, quod ICti ineundæ æstimationis rationem hoc casu semper ad illam ipsam diem, in qua fieri debuit solutio, referunt, qua tamen die nulla dum mora contracta videri potest, cum non nisi post ultimum illius diei instans præteritum, quicquam peti possit à debitore, *l. qui hoc anno, ff. de verb. oblig.* Prius autem est, ut mora contracta sit, quam ut moræ tempus inspici possit. Ad tex. vero *d. l. in re furtiua, ff. de condic. furt. & d. l. penul. ff. rer. amot.* respondent Alciatus & Faber, odio furis ita constitutum esse, cuius improbitatem leges hac pœna peculiariter prosequantur, ut proinde ad omnem moratorē non sit extendendum. Verum quia ratio, quam ICtus assignat, longe generalior est, quam ut huiusmodi restrictionem admittat, aliter Donellus respondet,

det, nempe leges eas de specie sive re certa loqui, cum furtum rerum in genere fieri, sive genus furto auferri nequeat, *l. in ratione, §. incerta, ff. ad leg. Falci.* Quod autem Paulus ait *in d. l. si sterilis, §. cum per vend.* obligationem crescere, si vinum hodie sit pluris, id accipiendum esse de die, quo agitur, hoc est, lis contestatur, ex verbis proxime præcedentibus, *quod tardius agitur*, abunde constare videtur, *arg. l. qui filiab. in pr. & l. si servus plurium, in fi. ff. de lega. 1.* Tempus autem litis contestationis quoad æstimationem spectandum esse, cum de die nihil convenit, asseritur *in d. l. vinum, & d. l. ult. ff. de condic. trit.* Regula vero *d. l. in conuemnatione, §. unicuiq., & d. l. hominem*, nõ ita venit intelligenda, quasi rebus in omnibus etiam nõ debitis obesse cuipiam frustratio sua debeat, quod absurdum esset, cum mora non sit modus constituendæ obligationis, & quę res nec debetur, nec promissa fuit, eius nec æstimatio ullo jure possit exigi, sed procedit saltem in re debita, cuius obligationem ita perpetuat mora, ut nullo interitu, nullo casu, quo deterior aut vilior ea facta est, liberetur, quo minus qualis res post moram quandoq; fuit, talem præstare, vel si talem dare nequeat, æstimationem solvere teneatur, *l. si seru. §. sequitur, ff. de ver. oblig.* Quoties autem certa species non est in obligatione, sed genus, promittitur atq; debetur res eius modo temporis, quod solutioni præfinitum fuit, non alterius, quo plurimi fuit res illius generis. Nil mirum igitur, si frustratio debitori saltem quo ad tempus solutioni dictum tali casu noceat, non autem quoad alia tempora, quibus fortasse res eiusdem generis pluris valuerunt, *Donell. in d. l. vin. nu. 16. & in d. l. quoties, nu. 10. vers.*
84 *adversus quæ.* Verum † hæc utut veri maximam speciem præ se ferre videantur, non tamen a communi propterea recedendum arbitror, quam nec a verbis, nec a genuino sensu *d. l. vin. & d. l. ultim.* recedere, planissime depræhendet, qui paulo attentius easdem consideraverit. Etenim cum ICtis agnoscimus esse verissimum, tanti æstimandam esse litem adversus debitorem in mora diei lapsu constitutum, quanti fuisset eo die, quo dari debuit, tantum id monemus, esse perpendendum, quidnam illic in disceptationem vocetur. Proponitur utrobiq; vinum, quod erat in obligatione, petitum esse: quæsitum est, cuius temporis ęstimatio fieret. Frustra quęretur de ęstimatione vini, si á tempore solutioni destinato, usq; dum sententia feratur, non fuerit commutata, vel mutata quidẽ fuerit, sed ita, ut a tempore quo præstari debuit, pluris non valuerit, quam tempore condemnationis valeat. Cum enim tempore cõdemnationis vel tanti vel pluris valet, quam a die solutioni adjecto hucusq; valuerit, ut ultra vinum petitum nihil sit, quod prętari debeat amplius, non poterit judex condemnare debitorem, nisi ad vinum petitum. Quod cum ita sit, quilibet intelligit, ad hosce casus nec quęstionem nec decisionem dictarum legum pertinere. Restat igitur, ut eo solum de casu dubitetur sive disceptetur, quando à tempore solutioni destinato mutata fuit æstimatio, nec tamen ita, ut tempore condemnationis plurimi res fuerit. Et quidem tempus sive diem solutioni dictum hic spectandum esse, pro regula tradunt ICti in *d. l. vin. & in d. l. ult.*; cum quod anteriore tempore dictum diem præcedenti æstimationis rei debitæ, sive pluris illa fuerit, sive minoris, ratio jure nostro nec habeatur, nec ineatur, ut ostensum exerc. 10. ampl. 4. roto autem tempore, quod eum diem sequitur, cum fieri dupliciter mutatio queat, ut vel semper decrescat, vel successiue crescat ac decrescat, idq; rursus tripliciter, ut æstimatio posterioris illius temporis, quando maxima fuit, æstimatione diei solutioni destinati minor sit, vel eidem æqualis, vel ipsam excedat, supereiq; non est dubium, quin omnibus hisce casibus, ultimo excepto, tanti lis æstimanda sit, quanti fuisset eo die, quo dari debuit:

tum etiam, quia disponens sive contrahentes ad diem solutioni primariò potissimumq; respectum habuisse videntur, cum assignando diem tacitè id egerint, ut res præstetur ejusmodi, qualis eo die fuerit tempus anterius ab omni onere immune & liberum esse voluerunt, *l. quod dic. ff. de solut.* posterius autem non respexerunt, nisi secundario minusque principaliter, & in eventum, quippe quorum ea fuit intentio, ut ad dictum diem citra ullam moram debitum solveretur. Cœterum quod in juris nostri regulis accidit, ut nulla ferme tam firma sit, quin admittat exceptionem, idem in hac etiam usuvenire dico: id quod inficiari ne quidem Alciatus vel Donellus ausit, cum uterq; limitationes huic regulæ sive responso ICtorum addat. Etsi namq; neutra lege reperiatur addita regulæ nostræ restrictio, tamen cum ex aliis juris nostri textibus, tum etjam aperta juris ratione evidenter apparet, ex hisce, quos attigimus modo, quatuor casibus, ultimum ab ea excipiendum esse, cum scilicet res debita pluris postea valuit. Probant hujusmodi limitationem manifestè *d. l. in re furtiva, §. si ex causa, ff. de condict. furt. & l. penult. ff. rer. amot.* quas ut evitet Anton. Faber, ait, speciali quodam jure in condictione furtiva, cui rerum amotarum actio æquiparatur, & æquipollet, esse receptum, ut æstimationis quanti plurimi ratio habeatur, idq; odio furis, qui non solum eo tempore, quo furtum admisit, verumetiam unoquoq; postmodum instanti novam contrahere moram videtur, siquidem assidua rei furtivæ contrectatio facit, ut in singula momenta fur non solum moram, sed etiam furtum facere intelligatur, *d. l. in re furtiva, §. 1. l. infurti, ff. de furt.* Verum ut furtum, etsi non primo saltem factæ contrectationis momento perpetretur, sed quamdiu res invito domino à fure detinetur, assidua contrectatione continuari videatur, non tamen unoquoq; instanti multiplicatur, sive novū committitur, sed unum idemq; remanet, *l. infitiando, §. infans, ff. de furt.* ita mora ex furto dependens non multiplicatur, sive quolibet instanti de novo committitur, sed una eademq; remanens assidua restitutionis ablatæ rei omissione saltem continuatur: ut proinde propter allatam à viro ingeniosissimo rationem peculiare quid in condictione furtiva non potuerit esse constitutum. Nec vero æstimandum, aliam ejus, quæ fit a cœteris delinquentibus sive debitoribus rationem vel conditionem, & ab illo solo moram semper fieri, ab his initio saltem, postea non tam ipsam, quam ejus effectam solummodo durare. Longe namq; verius, non effectum duntaxat, sed moram ipsam semel a quocunq; debitore contractam durare, fierive tam diu, quamdiu satisfactione vel purgatione non extinguitur, ut clare probat *l. si servum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* ubi ICtus in mora semel constitutum, tum demum, cum offert, in mora non esse censet, ac moram offerendo perhibet emendari & extingui, prout etjam *in l. interdum, §. ult. ff. de verb. oblig.* id quod fieri non posset, nisi eo usq; mora duraret. Nec minus evidens est tex. *in l. stipul. non divid. §. ult. ibi, sed ubi tam capit, ff. de verb. oblig.* Suadet idem ratio juris. Non enim dubium, quin sit in mora, sive moram is faciat, per quem stat, quo minus det faciatve, quod ab eo dari fierive debebat, *l. quod a te, ff. si cert. pet. l. promissor hominis, ff. de const. pecu. cum simil.* At negari non potest, tamdiu per eum stare, quamdiu post diei lapsum, vel creditoris interpellationem aut delictum admissum differt solvere vel restituere. Sic mora fieri secundum Marcianum intelligitur, si interpellatus oportuno loco non solverit, *l. mora, in pr. ff. de usur.* Tam vero non solvit interpellatus, qui progressu temporis, quam qui protinus aut non multo post interpellationem non solvit. Quod si verum est, semel à die

a die vel homine interpellatum tam die cessare soluere, quam diu nec offert nec satisfacit, & mora nihil aliud est quam cessatio seu frustratio. pariter admittatur oportet, ab eo tam diu moram solutioni fieri. Nec officit, quod ICtus ait *in l. Titia, §. vsuras, ff. de lega. 2.* sufficere moram semel interuenisse: Non enim sæpius interuenire moram dicimus, aut quouis instanti nouam committi, sed moram semel inchoatam assidua solutionis amissione continuari contendimus: nec quicquam prohibet, interuenisse moram, & adhuc eandem continuari seriue: Simul enim atque mora fieri cœpit, interuenisse rectissime dicitur, & postquam interuenit ea semel inchoata, semper in mora esse, siue moram facere, vere perhibetur debitor, donec offerendo siue satisfaciendo eam purget seu tollat. Multo minus *d. l. in re furt. ua, & d. l. penult.* eo protextu, quod de specie si vere certa loquantur, euitare licet cum non simpliciter in eis tantum asseratur, spectandum esse tempus, quo res plurimi fuerit, sed ratio simul adijciatur, quæ rebus etiam in genere debitis, seu functionem in genere suo recipientibus vel maxime congruit. Cur enim, quæso, moratorem placet ad æstimationem quanti plurimi teneri? Certe, quia tum quoque cum res plurimi valet, non minus moram facit, quam cum primum in mora cœpisset constitui: quod non minus euenire in debitore generis aut quantitatis moram committente, inficias ire nemo potest. Id vero Donellus animaduertens, rationem diuersitatis comminiscitur inter speciem certam, & rem in genere debitam. Illa si deducatur in obligationem, quia temporibus omnibus vna eademque est, & quam diu durat, obligationi subest, fit vt non eo solum tempore, quo dari debet, sed & ab initio, & reliquis deinceps temporibus promitti intelligatur ac debeatur: Proinde cum frustratio perpetuam faciat obligationẽ, & quo tempore post moram illa res plurimi fuit, eo etiam tempore ita, vti tunc est, debeatur, vt necesse tum sit, aut eam præstari talem, aut pro re, quæ non præstatur, eius æstimationem, vtiq; mora, in qua tunc debitor est efficit, vt quod semel tunc debitori cœpit, perpetuo debeatur, nec debitor liberetur sequenti tempore, nisi etiamnum præstet rem talem, vel si talis præstari nequeat, æstimationem. At cum res aliqua generaliter in obligationem deducitur, vt fit in mutuo, non vniversum genus, quod quidem omni tempore vnum idemq; remanet, in obligationem deductum intelligitur, sed vna quæpiam res incerta ex eo genere, *§. præterea si quis, inst. de act.* Ita vero comparatum cum rebus singularibus eo genere contentis, vt singulorum temporum aliam atq; aliam intelligi necesse sit, siue rem ipsam spectes, siue æstimationem, siquidem rem, quam quis hodie daturus esset, nõ necesse est eam esse, quam alio tẽpore dare possit, cum diuersis temporibus diuersæ præstari queant: æstimationem vero subinde mutari constat, præsertim rerum mutuabilium, vt propter eius varietatem alia quodammodo res singulorum temporum videri debeat. Quamobrem si dictum sit, quo tempore præstari debeat, res eius modo tẽporis in obl. versabitur, non aliorum temporum siue anteriorum siue posteriorum, proinde nec eorũ temporũ debebitur æstimatio, quãtumvis tempore diẽ, quo dari debuit, sequente subsit mora, quippe quæ obligat. quidem præexistentem retinere siue perpetuare, non tamen nouã & eam quæ non est, inducere potest. Res autem eius temporis, quo post diẽ solutioni destinatum plurimi fuit, minime debetur, nec obligatione continetur, eoq; obligationem talis rei, ac per consequens æstimationem quanti plurimi retinere mora siue perpetuam facere minime potis est: *Ita Donell. in d. l. ven. numer. 17. & in d. l. quoties, num. 10.* Sed nihil is hac ratione proficit. Etenim vbi res aliqua generaliter est in obligatione, non

tan-

tantum eo tempore, quo dari debet, sed & ab initio, & reliquis deinceps temporibus omnibus promissa & debita intelligitur, *l. centesimis, in princ. ff. de verb. ob. §. in diem, inst. d. t. l. cedere, ff. de ver. sign.* qui textus generaliter & indistincte loquuntur, nec magis de obligatione speciei, quam
15 generis disponunt. Ac † quod præcipuum est, quodque tantopere Donellus vrget, eius modo temporis, quo dari debuit, rem in obligatione versari, non aliorum temporum, id subvertitur tum, 1. per tex. *l. stipulatio ista, §. inter incertam, l. continuus, §. cum ita, vers. nam & quod, ff. de verb. obl. l. quod dici, ff. de solut.* ac si qui sunt similes, quibus aperte probari Donellus ipsemet agnoscit, etiam inuito creditori ante diem, quandocunque debitori libuerit, adeoque ipso conuentionis tempore solui posse, id quod fieri nulla ratione posset, si res eius modo tēporis, quod solutioni præfinitum fuit deberetur, quia non tollitur obligatio nisi solutione eius quod debetur, *§. 1. inst. quib. mo. toll. obli. l. 2. §. 1. vers. quia aliud, ff. si cer. pet.* Quicquid autem soluitur multo ante, quam dies venerit, id oportet esse rem temporis anterioris, quo præstatur, & si alterius, quam quod solutioni destinatum fuerat. Nec fingere licebit, illas leges agere de solutione speciei siue rei certę: Sunt ita scriptæ generaliter, vt nec generis in eis, nec speciei mentio fiat, sed debiti siue promissi, quod vtrumque suo sub ambitu complectitur, nec dubium, quin debitum generis sit frequentius, vel certe tam frequenter genus quam species in obligationem deducatur, vt vel hac de caussa ad solum speciei debitum restringi, præsertim citra legis autoritatem sine absurditate non possint. Quod si res anterioris temporis, quo nondum exigi potuit, debetur, multo magis res eius temporis, quod diem sequitur, deberi intelligetur, quippe quo dudum non cessit modo, sed etiam venit dies, quo mora jam commissa, quo tam creditor à debitore inuito exigere, quam hic illi soluere potest: ac proinde si posteriore tempore res eius generis plurimi valuerint, mota obligationem ad rem eius temporis, quo plurimi valuit, perpetuam fecit. Tum, 2. quia si res eius modo temporis, quo dari debuit, intelligeretur in generis obligatione versari, non aliorum temporum, sequeretur, quoties eo tempore res eius generis non extarent, nihil ex eius obligatione deberi: Res enim eius temporis, quæ sola debeatur non esset, quæ præstari posset, anterioris aut posterioris temporis res vt vt extiterent, obligatione minime continerentur, nec deberentur: Consequens autem proculdubio est absurdum & contra *l. inter, §. sacram, vers. pro quo, ff. de verb. obl.* magisque contra *l. ex eo, ff. de trit. vin. & ol. le. & l. Firmio, in princ. ff. quando dies legat.* vbi certa portio sive quantitas fructuum certi anni ex prædiis siue reditu prædiorum legata erat: fructus hi si dicto tempore non existant, quia forte nulli vel non tot, qui solutioni sufficiant, prouenerunt, vel nati citra culpam debitoris ante solutionem consumti sunt, de fructibus anterioris aut posterioris temporis omnino soluendum siue supplendum esse respondent ICti in dictis legibus. Tum, 3. quia disponens siue contrahentes assignando diem solutioni, non id agunt, vt obligationem generis ad rem eius temporis restringant, quoniam ea ratione facultas eligendi, quam generis debiti rem soluere malit, debitori propemodum in totum subtraheretur, certe plurimum labefactaretur & imminueretur, sed vtilitati potius debitoris prospicere volunt, ne possit ante lapsum temporis ad solutionem compelli, *l. cum qui Calendis, §. vlt. vbi Da. ff. de verbor. oblig. cum simil.* Tum, 4. quod appositione diei non magis eum diem, quam subsequens tempus ad satisfactionem vsque respexisse videntur, siquidem eo pacto non modo cauerunt, vt eo die solutio fiat, verum etiam vt post

eum

eum diem toto sequenti tempore res generaliter promissa peti possit, usq; dum satisfiat: Vt igitur ex eo, quia debuit eo die solvi, consequitur, solvendam rem tunc temporis existere oportere, ita similiter ex eo, quia caverunt, ut post eum diem, quandocunq; libebit, petere liceat, consequens est, rem petendā tempore petitionis existere, ac proinde non minus ex voluntate partium sive disponentis, obligatio concernit rem eius temporis, quo exigitur, quam eius, quod solutioni destinatum fuerat. Tum, 5. quia certi juris est, quoties debitor nō est in morā, utcunq; dies praeterierit, puta, quia creditor valitudine vel alia caussa fuit impeditus, quo minus acciperet, debitorem ad id modo teneri, ut rem posteriori quopiam tempore praestet, ut in *l. Celsus, §. 1. ff. de rec. arb.* textus est notabilis, & quidem ita generalis respectu rei debitae, ut ad obligationē speciei sive rei certae restringi, debitumq; generis & quantitatis ab eo excludi citra absurditatem vix possit: Quicquid autem tempore quopiam diem solutioni destinati sequente solvitur, id procul dubio necesse est, esse rem posterioris illius temporis, quo praestatur, & sic alterius, quam quod solutioni praestitutum fuerat: ut vel hinc appareat, perperam contendere Donellum, eius modo temporis, quo dari debuit, rem in obligatione versari. Tum, 6. quia cum locus, quo soluatur, apponitur obligationi generis, neutiquam per eum restringitur illa ad rem, quae sit eius loci: quod vel inde constat, quia creditor alio loco petere potest, quantumvis ratio habeatur utilitatis, quę debitori competitura fuisset, si in loco solutioni destinato solveret, *l. 2. in pr. l. non utiq. §. nunc de officio, ff. de eo quod cer. lo. §. loco, inst. de act.* ac proinde rem alterius loci, quam solutioni destinati exigere licet, alioqui rem solvendam, (quod totum inceptae vel absurdae diuinationis foret) ex loco solutioni destinato illuc allatā esse, presupponendū atq; fingendum esset. Peti vero, nisi quod in obligatione est, sive debetur, nō potest, *l. nihil aliud, ff. de act. & obl.* Ergo nec adjectione temporis, existimandum erit obligationē generis ad rem eius temporis restringi: Valet enim argumentatio de loco ad tempus, & ē diverso, praesertim in hac ęstimationis materia, *l. vin. ubi communiter Dd. ff. si cer. pet. & l. ult. ff. de cond. trit. l. 3. §. si per venditorem, ff. de act. emt.* Quod si maxime demus, eius modo temporis, quo dari debuit, rem in obligatione versari, nihil id rationem Donelli iuverit. Nou enim frumentū, resq; similes, quae post triennium nō amplius durare vel extare praesumuntur, *gl. in l. 1. ubi Bald. n. 6. & 7. Salic. Castr. n. 4. Franc. Aret. C. si adu. usucap. Ang. in l. 1. §. fuit quaesitum, ubi Raph. Cum. Ioan. ab Imol. n. 7. Alex. n. 5. Ias. n. 33. ff. ad Treb. Ias. ab Imo. in l. diuortio, §. interdum, n. 12. ubi Lud. Rom. Alex. n. 5. & praeterea Franc. Aret. n. 20. vers. in gl. ver. reddet, Ias. n. 12. ff. solu. matr. Alciat. in l. vin. n. 31. ff. si cer. pet. Coras. lib. 3. miscel. c. 12. n. 8. Nostra post alios consi. 599. n. 4. to. 3.* nedum aliae tam sunt caducae, ut cum tempore solutioni praefinito extiterint, durare nequeant, donec aestimatio creuerit, quae toties vel uno anno mutari consueuit. Quoties autem res eius temporis, quo dari debuerunt, etiamnum durant tempore adauctae aestimationis, uti quidem frequentissime vel plerumq; vluvenire dignoscitur, necesse est, rem etiam tempore adauctae aestimationis talem, uti tunc est, deberi, ac proinde talem quoq; praestari, vel eius aestimationem, siquidem subest obligatio ad rem, in qua utrumq; concurrit, ut & fuerit tempore solutioni destinato, & plurimi postea valuerit, eoq; mora lapsu diei prius inchoata illam obligationem perpetuam fecit, etiam secundum rationem ex Donello paulo ante allatam. Nec video, quomodo ex eo, quia res in genere debita, quam sis hodie daturus, non est ea necessario, quam possis alio tempore dare, colligi possit, singulorum temporum aliam atque aliam rem necessario intelligendam esse: cum non minus vere dicatur,

non

non esse necesse rem, quam quis alio tempore dare posit, esse aliam ab ea, quam hodie daturus esset: nec propterea, quod fieri potest, protinus etiam fit, ut diversis temporibus diversæ res præstentur. Æstimatio vero licet singulis temporibus mutetur, neutiquam tamen ea propter alia res efficitur; sed eadem remanens extrinsecus tantum respectu valoris alteratur. Sic igitur sublata etiam Donelli ratione, firmum remanet, quod ex textu *d. l. in re furtiua, §. si ex caussa, ff. de cond. furt. & textu d. l. penult. ff. rer. amot.* collegimus, eos peræque procedere in debito generis sive quantitatis, & vi consequentis per illos aperte probari limitationem, quam ex communi interpretum sententia ad regulam *d. l. vin. & d. l. ult.* in præcedentibus adduximus, prout eadem non minus etiam probatur per *l. in hac actione, ff. de condict. trit.* ubi si post moram res deterior facta sit, ex autoritate Marcelli censet Vlpianus habendam æstimationem quanto deterior facta sit res. Tum vero res deterior fieri cœpit, cum in ea valor quanti plurimi, quem post moram habuit, imminui cœpit, tantoq; deterior est facta, quanto magis ille valor decrevit, resq; vilioris æstimationis effecta fuit: quanti namq; res vnaquæq; venire potest, tantum bonis creditoris accedere, debitoris decedere videtur, tantumq; illi ab hoc deberi intelligitur, *l. in quantitate, §. magna, ff. ad leg. Falcid.* Ergo qui die solutioni destinato non solvit, eoque moram fecit, ad id quanto post moram res deterior est facta, hoc est, quanti plurimi post eum diem valuit, tenetur, *per d. l. in hac act.* quam de æstimatione quanti plurimi post moram spectanda, cum reliqui Dd. tum Donell. ipse ibidem recte interpretatur. Verum ut prius adductos, ita hunc etiam textum evitare conatur post Alciatum Donellus, eum restringendo ad debitum speciei sive rei certæ, cum loquatur de re quæ in rebus humanis esse desijt, quæ mortua est, quæ facta est deterior: hæc rei quidem certæ conveniunt in incertam, hoc est, in genus non cadunt, quippe quod nec perire, nec deterius fieri potest, *l. in ratione, §. incerta, ff. ad leg. Falcid.* Quæ tamen evasio, vereor, ut subsistat. Namq; si propterea, quod mori sive in rebus humanis esse desinere, generi minime competit, ICti responsum de generis debito accipi nec debet, nec potest, certe necesse fuerit, illud nec de rebus vllis rationis aut sensus expertibus accipi posse vel debere, quandoquidem nec illæ mortem obire dicuntur secundum communem loquendi consuetudinem: quod tamen absurdum fore Donellus haud negaverit. Nec si exceptio de tempore mortis attendendo omnibus rebus, & inprimis generi non competit, ideo generalis illius legis dispositio rebus omnibus & cumprimis generi non competet, cum potius ita sit comparatum; ut sub regula contineantur, quæcunq; non reperiuntur excepta, sive quibus limitationes minime quadrant, *ut not. in l. 1. ff. de reg. jur.* Ex dicto autem *§. incerta*, ac si, qui sunt similes, colligitur quidem genus, quia perpetuo durat, utcunq; species eius interitui sint obnoxiæ, neutiquam perire, non tamen inde pari ratione conficitur, illud etiam non fieri posse deterius. Etsi namq; quo ad intrinsecam bonitatem genus mutationi nec in melius, nec in deterius obnoxium videatur, cum si maxime species una vel altera, vel etiam plures fiant meliores aut deteriores, non tamen ea mutatio generi accidisse intelligatur: tamen quoad extrinsecam bonitatem, quæ in æstimatione consistit, diversum obtinere videtur, siquidem illa non huic aut illi rei certæ sive speciei præstituitur, sed rebus omnibus eiusdem generis & qualitatis, cum precia rerum communiter fungantur & imponantur, cum ratione rerum, tum ratione personarum, quod scilicet res omnes eius generis, & quidem omnibus tanti valeant, *l. pretia rerum, in pr. ff. ad leg. Falc.*

Fal. l. si seruum, ff. ad leg. Aquil. Nec releuabit, si dicas, alio loco illius generis in æstimatione pristina remansisse: Sufficit enim in illa repub. in qua exigitur, siue dari debet, rebus omnibus eiusdem generis & qualitatis, ac proinde uniuerso generi mutationem æstimationis accidisse, *l. creditor oblatam ff. de solut.* prout etiam sufficit, eo tempore siue post id tempus, quo dari debuit, exigiq; potest, mutationem æstimationis generi superuenisse, *l. vin. ff. si cert. pet. l. ult. in. ff. de condict. trit.*
36 Nec † est, quod opinemur, ita demum res meliores aut deteriores fieri, cum bonitati earum intrinsecæ quidpiam accedit vel decedit, *ut post Duar. ad t. si cert. pet. c. 8. arbitratur Donell. in d. l. in hac, maxime nu. 3. & 11. & Ant. Fab. de err. pragm. deca. 16. err. 8. & lib. 16. coniectur. c. 3.* Cur enim deterior fieri res dicitur? Nempe quia detrimentum quoddam in ea, qualecunq; vel quantumcunque sit, contingit. Quis autem neget, rei detrimenti quid accidere, cum incipit valere minus, eiusq; decrescit æstimatio. Deinde res procul dubio tum fieri deterior perhibetur, cum pars vel qualitas eius aliqua mutatur in deterius. Æstimatio vero, quantumvis rei extrinsecus accedat ordinatione hominum, non infit naturaliter, attamen est ipsius rei qualitas impositita, *arg. l. quid aliud, ff. de verb. signific. l. qui fundum, ff. quemadm. seruit. amitt.* & quidem sapore, odore, colore, vel qualibet alia naturaliter inhærente qualitate longe potior, quippe quæ vicem rei subit, *l. Labeo & Sacin. ff. de verb. sign.* & æquipollet eidem, *l. tantum, ff. a. t.* Proinde cum illa mutetur in deterius, quando decrescit, utiq; res ipsa censebitur facta deterior. Quid quod res dominio nostro subiectæ mutuis hominum commercijs expositæ sint, ut nihil in eis magis, quam æstimatio attendatur. Cuius autem, quæso, ratione magis unaquæq; res censeatur melior aut deterior, quam ratione vel respectu eius, quod in illa potissimum attenditur. Quin & nominatim ICti rei deteriorationem ad diminutionem pretij referunt, remq; tum demum fieri deteriorem censent, cum pretio vilior est facta, ut est tex. *in l. si seruus, § rupisse, ff. ad leg. Aquil.* Quod si cum rei bonitas intrinseca mutata fuit, res catenus melior aut deterior facta videtur, quatenus eam propter mutationem pretium rei creuit aut decreuit, ut probat *l. Titius, § fin. cum l. seq. Iulianum, ff. de act. empt. l. si seruos, ff. de pignor. act. l. in fundo, ff. de rei vendic.* quandoquidem non quantum rei fuerit impensum, detractumve, sed quantum valori eius accesserit vel decesserit, inspicitur, cum de rei melioratione vel deterioratione iudicatur, *d. l. in fundo, d. l. si seruos, l. nisi si venalem, ff. de rei vend. cum simil.* certe vel magis, vel æque fuerit admittendum; rem fieri tum quoq; eatenus meliorem vel deteriorem, quatenus valor eius creuit aut decreuit, quando in bonitate non intrinseca, sed extrinseca solum fuit mutatio facta, *arg. l. ex diuerso, § 1. ff. solut. matr. auth. multo magis, C. de sacros. Eccl. utrobiq. Dd. Crauet. consil. 747. n. 25. vol. 5.* Cumq; fiat melius, quod fit pretiosius, & adaucta æstimatione res fiat pretiosior, ac proinde melior, utiq; in casu converso, quando diminuta fuit æstimatio, res & vilior & deterior censeatur oportet, *l. ult. in fin. ff. de lega. 3.* Hinc interpretes nostri communiter approbant *gl. in l. cum quid, ff. si cert. pet.* dum inter bonitatē intrinsecam & extrinsecam distinguit, & æstimationem rei bonitatē extrinsecam constituit. Solus ibi Donellus insurgit, & evincere contrarium conatur, *n. 7.* prætendendo, bonitatem non accersiri aliunde, sed inesse in re quaq; natura, certamq; esse, & quamdiu res est integra, non variari. Quæ ut demus vera esse in bonitate illa naturali & intrinseca, tamen id saltem ostendunt, æstimationem non esse naturalem & intrinsecam bonitatem, quod unanimiter post glos. omnes fatentur. Quod vero probationis maxime indigebat, eā nempe, quam Donellus describit, intrinse-

eam scilicet, solam esse bonitatem, quamq; cœteri nomine bonitatis extrinsecæ designant, æstimationem, non esse bonitatem, nec sub genere bonitatis compræhendi, nullatenus probant. Genus ipsum si spectes, bonitas certe nihil aliud jure nostro perhiberet, quam qualitas commoditatē rei, cui competere dignoscitur, designans, *l. proprie, ff. de verb. sign & ibi not. per Dd. junc. l. 1. §. 1. ff. de act. & obli. l. res in dotem, ff. de jure dot. §. 1. inst. quib. mod. re contr. obli. Alciat. post alios in d. l. cum quid. n. 5.* Æstimationem vero vel maxime designare commoditatem rei, cui competit, non ambigitur, siquidem ostendit prȩstantiam & perfectionem vnius rei præ altera, nec non quanti res quæq; sit, quantum ex ea confici, quantumve pro ea consequi liceat, *l. tantum, (alias propemodum) ff. de verb. sign. l. in quantitate, §. magna, ff. ad leg. Falc. l. 1. §. si hæres, ff. ad Treb. & similib.* quove plus accrevit, eo plus commodi ex rei alienatione comparatum iri, *l. 1. ff. de contr. emt.* Quod si vero æstimatio rei bonitas est, & adaucta rei bonitate res ipsa fit melior, diminuta vero bonitate deterior efficitur, omnimodo necesse est meliorem fieri rem, quotiescunq; vel sola crescit æstimatio ipsius, rursusq; fieri deteriorem, quotiescunq; vel sola decrescit æstimatio, *prout docuit Bart. in l. Paulus (aliàs creditorem,) n. 7. cum quo transeunt reliqui, ff. de solut. Dd. in l. cum quid, ubi Castr. n. 5. Loriot. n. 8. & in l. vin. vbi Castr. n. 8. Bolognet. n. 14. vers. nec est admittenda, & n. 55. ff. si cert. pet. Bald. in d. l. in hac, n. 3. ff. de condict. trit.* Quare frustra Faber objicit, fieri facile posse, ut res debita vilior sit, nec tamen deterior, & contra, ut deterior facta sit, nec tamen ideo minus pretiosa. Rem namq; minoris valentem non esse deteriorem, verum est, non simpliciter & indistincte, sed respectu saltem bonitatis intrinsecæ, quæ salva & illabata remansit, forsitan etiam nihil adaucta fuit, extrinsecam vero si spectes bonitatem, quæ decreuerit, procul dubio res illius respectu deterior est, nec id mirum, cum nihil frequentius, quam eodem tempore rem debitam respectu qualitatis vnius fieri deteriorem, respectu alterius meliorem, puta, si seruꝰ promissus cœperit esse claudus, & pictor aut citharædus. Proinde nimis ipse cum Donello restringit deteriorationem, cum ad ipsius rei saltem corpus & substantiam vult illam pertinere, nec non vtilitatem ab eadem excludat, cum ex prædictis abunde pateat, deteriorationem esse significationis multò latioris, ac sub deteriore vilius, uti sub genere speciē contineri, ut quoties in jure nostro fit mentio rei, quæ sit facta deterior, id tam sit intelligendum de re, quæ extrinsecus ratione tantum valoris deterior est facta, quam de re, cuius bonitas intrinseca fuit diminuta, nisi quando ex contextu vel aliunde constat, legem de re, quæ extrinsecus ratione tantum valoris deterior facta sit, accipi minime posse, *prout sensere Dd. loc. rel.* Quocirca responsum Marcelli & Vlpiani *in d. l. in hac,* non minus de re, quæ vel solius æstimationis respectu sit facta deterior, quam quæ sit corrupta in bonitate intrinseca, oportebit accipi, vel eo magis, cum principaliter agatur illic de æstimatione rei, verbaque secundum subjectam materiam sint accipienda, *l. si vno, vbi Bartol. & Dd. ff. locat. l. insulam, ff. de præscr. ver. cum simil.* Quod autem *in vers. & ideo,* servi post moram eluscati ICtus meminit, id exempli tantum, quod regulam sive generalem dispositionem restringere minime potis est, caussa factum esse, cuius ex ipso contextu perspicuum. Ipsa certa quæstio generalis est de omni re, quæ condictione triticaria petitur, sive sit in genere debita, sive species certa: Generalis æque responsio, præsertim in ea parte, quæ de mora est, vbi nec mortis tempus, nec quid aliud innuitur, quo responsio restringi possit. Generaliter itaq; lex tam de rebus pondere, numero, mensurave consistentibus, quam de specie sive re certa accipiatur oportet:

id quod

id quod flagitat etiam natura condictionis triticariæ, de qua loquitur Vlpianus, quæ cum sit generalis, ac rebus omnibus, siue in genere, siue in specie debitis præter numeratam pecuniam competat, consequitur etiam responsum de rebus illa actione petitis, esse generaliter accipiendum de rebus omnibus, etiam in genere debitis, cum præsertim imperfecta fuerit alioqui futura decisio Vlpiani, qui super actione & quæstione plane generali consultus de certa modo rei specie respondisset, cæteras alto silentio, forte nec sine vitio prætermisset. Ego igitur obtento, *d. l. in hac*, de rebus omnibus, etiam in genere debitis, pondere, numero, mensura constantibus loqui, planissimum simul euadit, quod de æstimatione, quanti plurimi post diem solutioni destinatum res fuerit, attendenda paulo ante ex *d. l. in hac*, astruximus. Idq; tertio probatur etiam per *l. hominem, ff. mand.* vbi Africanus ait, ideo non spectari tempus quo agitur, quando per debitorem steterit, quo minus sua die solueret, aut per creditorem, quo minus acciperet, quia neutri eorum sua frustratio prodesse debet. Hæc ratio, cum non initium solum, sed totum tempus moræ durantis vsq; ad litis contestationem concernat & respiciat, longeque sit frequentius, vt eo tempore, quod est inter moræ initium & litis contestationem res plurimi, vel creditore moram committente, minime valeat, quā vbi mora primū contrahitur, non obscure Africanus isthac ratione ostendit, habendam esse rationem æstimationis, aduersus debitorem quidem, quanti plurimi tempore moræ durantis fuerit, sed aduersus creditorem, quanto minoris ea post moram fuerit: vel eo magis, quod alioqui nimis absurdum fuerit ab exceptione generaliter & indistincte concepta excludere totum pene moræ tempus, pariter id etiam, quod frequentius & plerumque accidere solet, eamque restringere ad momentum siue perexiguum tempus inchoatæ moræ contra *l. nam ad ea, ff. de legib.* Negat quidem *Anton. Fab. libr. 16. coniect. c. 7.* frustratori prodesse moram, etiam ejus temporis, quod est post diem solutioni destinatum vsque ad litis contestationem, æstimatio non attendatur. Sed certe non parum ei prodesset. Namque releuaret eum, vt æstimatione post moram decrescente, rem pretio viliore comparare posset, & soluere: prodesset insuper, ne ad æstimationem maiorem, quam initio moræ vel tempore litis contestatæ sit, teneretur. Quis vero dubitet, quin debitor generis in promtu mercem habens, quā soluere posset, eam, quando post moram plurimi valet, distracturus esset, ac postea mercem vilioris jam pretij factam soluturus. Replicat Faber, mercem à debitore plurimi distractam, non fuisse debitam. Sed considerare vicissim debuerat, tunc temporis, quando plurimi valebat, omnino præstari debuisse vigore obligationis mercem eiusdem generis & bonitatis, & consequenter tanti valoris, quanti res eiusdem generis & bonitatis tum communiter valebant. Eam cum soluere tunc distulerit, & expectarit, donec æstimatio decresceret, negari certe non potest, quin augmentum æstimationis quanti plurimi cesserit ipsius commodo, & consequenter ei mora profuerit. Addit, toties æquum esse, vt moratori sua mora noceat, non quoties mora contracta est, sed quoties moræ contractæ ratio aliqua haberi potest. Quod vt admittatur tamen cum sit extra controuersiam, etiam in strictis, nedum bonæ fidei judiciis rationem haberi moræ ad perpetuandam obligationem, & res in obligationem deducta sine dubio tunc, quando plurimi tempore moræ durantis fuit, talis tantique valoris præstari vigore obligationis debuerit, sequitur inde, obligationem rei talis tantique valoris præstandæ à mora tunc durante fuisse perpetuatam, *l. in hac, ff. de cond. tritic.* moræque ne frustratori prosit, verum noceat, rationem tunc

haberi tam posse quam debere, *d. l. hominem*. Confirmatur idem quarto, *per tex. l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de act. em.* quo Paulus exempla vini triticique venditi adducens, testatur, mora per debitorem facta, omnem vtilitatem creditoris in æstimationem venire, quæ modo circa rem ipsam consistit: Quanti vero plurimi res a tempore moræ valuit, citra omnem controuersiam est vtilitas, quæ circa ipsam rem consistit vt proinde secundum Pauli responsum, in æstimationem venire debeat: Cumque dicat *omnis* certe non potest ea solummodo intelligi, quæ sub initium moræ, sed & quæ postea quandocunque circa rem nec dum solutam consistit, pariter contineatur oportet, vel ex eo maxime, quia Paulus vtitur verbo præteriti temporis, moramque præcessisse denotat, ac proinde de tempore quodque moram sequenti disponit atque pronunciat. Rursus ait idem Paulus, obligationem crescere, si vinum siue res debita sit hodie pluris: Crescere vero non posset obligatio, si nulla maioris æstimationis, quæ post diem solutioni destinatum fuisset, haberetur ratio: non enim esse videtur alia vtilitas, quæ circa vinum, quod fructus haud producit, consistat, nisi æstimatio quanti plurimi, cum cœtera quę vini traditione consequi lucra, vitareq; damna creditor potuisset, secundum Pauli responsum ei neutiquã sint resarcienda, nec eorum respectu maior fiat obligatio, quod tradius agitur, vt crescit illa cum augetur æstimatio. Ac licet Donellus verbum *hodie* propter antecedentia verba *quod tardius agitur*, accipiendum esse contendat de die, quo agitur, hoc est, litis contestatio fit, tamen aduertendum, non tam asserere Paulum, quod aliquo die siue tempore fuerit actum, quam id saltem innuere, non fieri majorem obligationem, quod creditor post moram sibi factam diu differt litem debitori mouere, nec statim, quod facere poterat, experitur: *facit l. verbum amplius, l. potest requiri. l. 6 ita à se, ff. de verbor. signif.* Sed etsi verba, *quod tardius agitur*, tempus quo judicio agitur, simul implicatent & importatent, non tamen ea denotabunt diem solummodo litis contestatæ, sed potius quemlibet alium judicij durantis diem, quo res pluris fuerit: agitur enim toto judicij tempore, vsque dum per sententiam terminetur, *l. 1. ff. de re judic.* vt vel hinc pateat, tempora *in d. l. vin. ff. si cer. pet. & in d. l. vit. ff. de condic. trit.* in eundæ æstimationi præstituta, hactenus attendenda esse, nisi posteriori quopiam die res pluris fuerit, *per d. §. cum per vend.* Adde quod per voculam *hodie* dies litis contestatæ foret intelligendus, ita demum attenderetur ille, si res tunc plurimi valeret: aliàs enim tempus anterioris morę spectandum, quo creditoris omnis vtilitas, quæ modo circa rem consistit, in æstimationem venit. *d. §. cum per vend.* Verum eo ipso tum sententia communis astruitur, tum euertitur opinio cõtraria Donello statuentis, tempus moræ nullatenus, litis autem contestatæ simpliciter & indistincte, quantumvis minima tunc fuerit æstimatio, spectandum esse. Deniq; ponderari potest ratio Pauli, cur crescat obligatio post moram, si vinum hodie sit pluris: Hoc enim ea de caussa euenire docet, quia cum non sit datum anteriori tẽpore, quo æstimatio vini tantopere non fuit adaucta, ac proinde subiit etjamnum obligatio, quia nondum acceperit creditor, quod sibi debeatur, saltem hodie dandum, quod jam olim dari oportuit: quæ certe verba de vino, tritico siue quouis alio in obligationem deducto saltem, non de illius ęstimatione possunt accipi, cum quod contextus tale quid arguit, siquidem olim res ipsa, non eius æstimatio dari debuit: tum etiam, quia si de æstimatione forent intelligenda, alterutrum eligi oporteret, vt aut æstimatio temporis illius, quo mora primum commissa fuit, aut eius, quo postea res pluris fuit, accipiatur.

De illa

De illa Pauli ratio nullo modo potest intelligi, quia si tantum illa præstanda foret æstimatio, non modo non creuisset obligatio, quod evincere conatur Paulus verum etiam decreuisset, quandoquidem hodierni temporis æstimatio longe maior est: multo minus de hac, quia fuerit absurdum, præsentem rei debitæ, quam quis præstare & velit, & possit, æstimationem solvi oportere, adeoq; sequeretur, æstimationem quanti plurimi res post moram fuerit, jam olim dari debuisse, quod absurdum esse, nemo non animadvertit. Restat igitur, ut obligatio crescat, sive crescere perhibeatur, quia quod in eam deductum est, etiamnum hodie, quo pluris valet, præstandum venit: ac proinde si nec hodie quidem, quando plurimi valet, detur, consequens est, ut inposterum, si tanti res non amplius valeat, æstimationis quanti plurimi omnimodo sit habenda ratio. Quod si vero propterea, quia si non ante datum est, saltem hodie dandum, quod jam olim dari oportuit, crescit obligatio, ut aperte Paulus asserit, comprobatur hinc sententiæ receptæ veritas, & contraria Alciati, Donelli & Fabri opinio destruitur, sive rationem ICti ad tempus quodvis, quo res pluris fuerit, accommodes, sive ad tempus litis contestatæ. Ad illud enim si concesseris esse referendam, quod verius opinor, sequitur, æstimationem quanti plurimi debitam iri, si nec tum quidem datum sit, quo tempore plurimi post moram fuit, ac proinde præter diem solutioni destinatum, litisq; contestatæ, tempus unumquodq; moram semel inchoatam subsequens, quo res plurimi valuisse dignoscitur, spectandum esse: Sin ad tempus litis contestatæ restringatur, corruet nihilominus opinio Donelli, tum, quia contendit vinum sive triticum eius modo temporis, quo solvi oportuit, esse dandum sive deberi, non subsequentium temporum, eoq; nec litis contestatæ, cuius contrarium Paulus profitetur: tum etiam, quia licet eo casu, quo dies solutioni dictus non est, admittat, in æstimatione litis contestatæ tempus fore spectandum, tamen id non alia de caussa fieri censet *in d. l. vin. nu. 6.* quam quod in lite contestanda intelligitur ea res peti, quæ fuit eo tempore, in quam petitionem & reus consentiat judicium accipiendo, in quo inest tacita conventio: ex quo & tale quidquam dari debeat, quale est cum petitur, *l. 2. ff. de usur.* Vnde sequeretur, non modo falsam esse Pauli rationē, quod est inconveniens, verum nec obligationem quidem crescere, cum secundum Donelli rationem, æstimatio quæ tempore litis contestatæ fuit, non tam ex pristina, quam ex nova conventione per litis contestationem tacite inita dependeat sive debeatur. Aliter quidem sensit *in d. l. quoties, nu. 10. vers. ac tempore litis cont. ff. de verb. oblig.* ubi tacitam illam, quam sibi pro ratione fingit in proposito conventionem ex contractu anteriore derivare conatur, quia nempe cum res promittitur, ab initio id agitur, ut aliquando saltem id judicio petere liceat, quo actor id consequatur: quod cum fit, eadem opera intelligitur & illud agi, ut res præstetur illius temporis, *arg. l. 2. ff. de usur.* Verum nihilo plus proficit, cum eadem ratione dici possit, ab initio id agi, ut extra judicium petere liceat: quod cum fit, eadem opera intelligendum scilicet & illud agi, ut res præstetur eius temporis, quoniam non modo interpellationis sive petitionis etiam extrajudicialis vis hæc est, ut citra ullam procrastinationem solvi tunc res debeat, ac proinde cum tali etiam qualitate, quam tunc habere dignoscitur, *l. si ex legati, ff. de verb. oblig. juncta l. si à substituto, in fin. ff. de lega. 1.* Sed & omnis utilitas, quæ circa rem consistit, in æstimationem venit, si tunc per debitorem stetit, quo minus daret, *d. §. cum per vend.* Atqui tempus extrajudicialis petitionis esse attendendum inficiatur Donellus *in d. l. vin. & in d. l. quoties.* Poterant hæc sufficere limita-

tioni, quam adduximus, demonstrandæ: sed quo magis illius veritas elucescat, placet etiam rationibus candē luculentius confirmare. Et quidem dubium non est, quin fauore sive propter utilitatem eius, per quem nō stetit, quo minus obligationi satisfieret, jure statuatur, spectandum in æstimatione tempus solutioni destinatum, *d. §. cum per vend. l. cum res, in pr. ff. de lega. 1.* Constat autem creditori tunc demum utile esse, præstari a debitore in mora constituto æstimationem diei solutioni destinati, quando pluris eo die valuit: quocirca tunc demum in æstimatione tempus illud spectandum erit, *l. quod fauore, C. de legib. l. nulla juris, ff. d. t. l. adigere, §. quamuis, ff. de jure patr.* ac vi consequentis à præcitata regula casus noster erit excipiendus, *d. §. quamuis.* Quod magis etiam liquet, cōsiderata intentione disponentis, sive contrahentium, cui nihil ęque consentaneū, quam post exactum tempus debitoris fauore solutioni destinatum spectari, quod est utilius ei, perquem non stetit, quo minus impleretur obligatio, cum quia contrahendo sive disponendo quisq; sentit, ut in eum casum, quo solutio tempore debito non fiat, ei per quem non stetit, quo minus obligationi satisfieret, tam cederet commodū, quam non obesset detrimentum, si quod postea rei supervenit: tum etjam, quod hac ratione magis astringuntur ad obseruantiam dispositionis sive contractus, quam jure naturali & ciuili vel maxime requiri, & voto disponentis atq; contrahentium unice flagitari constat, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de consti. pecu. l. non minorem, C. de transact.* Proinde cum quo tempore res pluris est post diem solutionis, eo sit utilius creditori spectari temporis illius æstimationem, consequitur, attendendum esse potius, quanti res fuerit, cum pluris esset, quam quanti fuerit eo die, quo dari debuit. Quod si creditor, cui sua die non est solutum, cogeretur esse contentus æstimatione illius diei, quantumvis tempore sequenti creuerit, sequeretur, cum teneri servare conventionem sive dispositionem in eo, in quo debitor eandem non seruauit, sed fefellit, in tempore scilicet, quo cum solvere deberet, non satisfecit: Consequens absurdum esse quivis agnoscit, *per tex. c. frustra, de reg. jur. in 6. l. cum proponas, C. de pact. cum simil.* vel eo magis, quia cum creditoris minus quam res postea valuit consequentis damno coniunctum esse depræhenditur: Absurdum igitur & antecedens. Cumq; res, licet in genere suo functionem recipiens, quæ iam olim dari debuit, saltem hodie, quando pluris est, danda sit, *d. §. cum per vend.* præsumatur autem adversus frustratorem, quod creditor rem tunc temporis acceptam, ut vendere plurimi potuit, sic omnino venditurus fuerit, *l. illud, ff. de petit. hæred. & asserit Donell. in d. l. vin. nu. 15. & in l. si ex legati, nu. 12. ff. de verb. obli.* utiq; non minus æstimationem, quanti plurimi fuit à tempore moræ, consequi debebit, re postea minus valente, quam pretium rei consequitur, cum res in totum perijt, *l. cum res, §. ult. ff. de lega. 1. & arg. l. quæ de tota, ff. de rei vend. l. jurisgentium, §. adeo, vers. si igitur, ff. de pact.* Quibus & illud accedit, quia si crescentis post diei lapsum obligationis non esset habenda ratio, debitor solutionem impune procrastinaret, ac pro libitu differret: Aclicet excipiat Donellus, creditorē imputare sibi debere, quod litem citius non contestetur, tamen ut plurimum fieri vix potest, ut antequam æstimatio quanti plurimi, quæ durare non ita diu solet, rursus decreuerit, perveniatur ad litis contestationem, cum si maxime quis protinus post exactum tempus solutioni destinatum judicem adeat, tempus tamen citando veniat indulgendum, reus etjam soleat plerumq; dilatorias opponere exceptiones, litis contestationem tantisper impedientes, donec super ijs cognitum fuerit, alia insuper impedimenta intervenire consueuerint, ut creditoris hac in parte negligentia juste vix incusari possit, eoq; ut æquissimum, æstimationis quanti plurimi

plurimi rationem haberi, quantumvis litis contestatio demum progressu temporis subsecuta fuerit. Et certe si quis est, cui etiamnum videatur incõveniens, isthac limitatione restringi, quod *in d.l.vin.& in d.l.ult.* generaliter & indistincte perhibetur, æstimationem ad diem solutionis referri oportere: is quæso *d.l.penult. ff.rer. amot.* consideret, an nõ æque Triphoninus illic ab initio simpliciter & indistincte perhibeat, proq; regula constituat, æstimationem ad tempus amotionis sive furti, quod in effectu cum die solutionis destinato quo ad præsens institutum per omnia coincidit, atq; proportione citra controversiam correspondet, referri oportere, itmill plane modo ut in *d.l.vin.& in d.l.ult.* Nihilominus eam in fine, quam dixi, limitationem subjungit. Hoc vero si citra absurditatẽ illic fieri potuit, ut omnino fatendum est, nisi Triphoninum, quod absit, repræhendere libeat, certe nec in proposito pro absurdo haberi debebit, aut poterit, quantumvis in *d.l.vin.& in d.l.ult.* non reperiatur nominatim apposita restrictio, ut in *d.l. penult.* Nam quid interest, in eadem lege dispositioni subjecta sit restrictio, an ex alijs, ut hic, de limitatione constet, cum lex una semper alteram declarare soleat & restringere, *l. non est novum, ff. de legib. Bart. in l. non dubium,*
37 *n.9. C.d.t.* Quibus † ita constitutis, facile dilui possunt, quæ Alciatus, Donell9 & Faber objiciũt. Etenim quia tanti lis æstimanda, quanti fuisset eo die, quo dari debuit, admittimus eo ipso negari antecedentia vel sequentia tempora spectanda esse. Verum ut ab hac regula casus ille, si tempore litis contestationis res pluris fuerit, excipitur *per l.3.§ si per vendit. ff. de act. emt.* teste Donello, sic ab eadem, casum quoq; nostrum, cum res intermedio quopiam tempore pluris fuit, quam tempore condemnationis dieq; solutioni destinato, excipi dicimus per leges & rationes modo consideratas. Vt igitur per *d.l.vin.& d.l.ult.* hacten9 negatur, attendendum esse tempus litis contestatæ, dummodo sub tempus litis contestatæ res non sit pluris, ita non absimili modo de quolibet alio die, eum qui solutioni destinatus est, sequente eatenus negatur, illum esse spectandũ quoad æstimationem, dummodo non eo die res plurimi valuerit. Nec propterea tempora spectantur infinita & incerta, siquidem regulariter æstimatur, quanti fuerit die solutioni destinato, quem constat esse certum finitumq;: sin postea crescat æstimatio, spectabitur quidem alius dies, is nempe, quo res plurimi fuerit, verum ita determinatus æstimatione quanti plurimi, ut in quacunq; facti specie præ cæteris agnosci liquido possit. Etsi vero casu, quo res die quopiam sequenti pluris valet, negetur æstimandum esse, quanti res fuit eo die, quo dari debuit, non aliter atq; Donellus casu quo res pluris est tempore litis contestatæ, negat, diem solutioni destinatum spectandũ esse: nihil tamen id veritati responsorum *d.l.ult. & d.l. vin.* derogat, cum præter dictum casum, ut supra monstratum fuit, sint plures alij, quibus omnibus regula jurium pręcit. citra controversiam procedit, ut naturam vimq; regulæ justissime tueri queat, etiamsi noster ab ea quoq; casus excipiatur. Nec tam apponitur ex communi sententia conditio, si res die solutioni destinato plurimi fuerit, quam sumitur ex alijs legibus evidens declaratio sive limitatio ad regulam, *d. l. vinum.* Quanquam nec sit prohibitum, legi simpliciter disponenti conditionem aliquam adijcere, dummodo non ausu proprio, citraq; legis autoritatem tale quid fiat, sed quod legi deesse dignoscitur, ex alia lege suppleatur, uti in proposito, ubi si maxime concedatur ex communi sententia illam jurib. præcit. simpliciter loquentibus apponi conditionem, tamen ex alijs juris nostri textib9 desumitur, clareq; comprobatur, & aperta juris ratione fulcitur atq; nititur, prout ex fundamentis modo allatis abũde liquet. Restringit illa quidem verba *d.l.vin.& d.l.ult.*

quod ipsa conditionis natura flagitat, *l. cum Ioannes, de fide instr.* sensum tamen genuinum evidentius ostendit. Quod autem respectu temporis dispositionem extendat, negatur, quandoquidem apposita conditio modo requirit, ut die solutioni destinato res pluris sit, non autem asserit, cum postea cecidit æstimatio, tempus aliud, quo res plurimi fuerit, spectandum esse: Hoc enim & casu dissidet, & conditionem plane contrariam præsupponit, ac peculiarem, sed æque firmam ex *d. l. in re, ff. de condic. furt.* similibusq; tam textibus, quam rationibus antea consideratis probationem obtinet. Quin etiam Donelli restrictio, si ad amussim exigatur, dispositioni de spectando quoad æstimationem die solutioni destinato, conditionem apponere dignoscitur, si scilicet eo die pluris, quam tempore litis contestatæ fuerit: quæ si propterea reijci nec potest, nec debet, caussa non est, cur limitatio nostra propter eam, quam eidem dispositioni videtur adijcere, conditionem temere sit repudianda. Porro licet unico casu, cum res alio quopiam tempore sequenti pluris valet, dies solutioni destinatus, tempusq; petitionis non attenditur, non tamen ideo superuacuum fuit, meminisse temporis solutioni præstituti, acceptiq; judicij, cùm ad ea cæteris in casibus æstimationem per sese referri constet. Quin maxime fuit opus utriusq; temporis meminisse, cum propter antecedentia tempora, quorum æstimatio, quantacunq; fuerit, non attenditur: tum etiam propter sequentia, quorum æstimatio similiter in consideratione non est, nisi pluris fuerit. Quod si utroq; tempore non nisi ratione respectuq; moræ spectaretur æstimatio, non repugnarem ICtos breuius exprimere sententiã suam potuisse dicendo, tempus moræ spectandum, & in eo, quanti plurimi res fuit. At superius indicauimus, id fieri non ratione moræ tantum, sed & ideo, quod assignatione diei simul id agi intelligatur, ut talis res præstetur, qualis eo die fuerit, ut proinde non solum, quando propter moram devenitur ad æstimationem, verumetiam quando citra moram ex juris permissione sive dispositione pro re debita tempore solutioni destinato æstimatio præstatur, spectandum sit, quanti res tunc valeat. Non igitur ad moræ tempus decisionem restringere ICti potuerunt, quin alterum membrum, quod peræque compræhendi par erat, excluderent. Quanquam nec in jure nostro sit insolens, aut nouum, ut quod in genere satis clare poterat efferri, enumeratione singularum vel præcipuarum specierum exprimatur, *l. cum hi, §. hac oratio, ff. de transact. l. si stipuler, §. ult. ff. de verbor. oblig. l. neq; pignus, ff. de regul. jur. l. ult. vers. sive captum, ff. fam. hercisc. l. in reb. §. omnis, l. cum quidam, §. præterea, C. de jure dot. l. un. §. cum autem, vers. quod si hoc, C. de caduc. toll. cum similib.* Nec ut mutila repræhendi debet enumeratio, cum non minus id, quo quis extra judicium fuit interpellatus, quam litis contestatæ tempus in decisione *d. l. vin.* comprahendatur, ubi Sabinus & Iulianus utuntur verbo *petitionis*, quod non modo judicialem, sed & extrajudicialem denotat interpellationem, *l. trajectitiæ, ff. de act. & obl. l. si decem, l. si ita quis, ff. de verb. oblig.* Meminit quidem Caius *in d. l. ult.* judicij saltem accepti; non tamen quasi præcedentis moræ, si extrajudiciali interpellatione interveniente commissam esse appareat, ratio nulla sit habenda, (contrarium enim leges aliæ non obscure probant.) sed quod vix fit, ut non eo saltem tempore, quo litis contestatio fit, mora contrahatur, contractamq; esse constet, cum è diverso priorem illam intervenisse sive præcessisse, sciri minime possit, nisi liquido probatum fuerit, debitorem antequam judicium acciperetur, congruo loco & tempore interpellatum non soluisse, ut in simili casu respondit *Ant. Fab. lib. 7. conject. c. 3.* quando contendit *l. 1. 2. & ult. C. de usur. & fr. leg. & l. quæsitum, §. ult. ff. de le-*

ga. l.

gu. 1. de tempore litis contestatæ loquentes, ista cum restrictione sive conditione accipiendas esse, si ante litis contestationem mora non interuenerit, prout etiam tradiderunt *gl. Bart. & Dd. in jur. rel.* Vt autem admittimus, limitationem nostram ex *d. l. in re, & contr.* desumtam, in *d. l. vin. & d. l. vlt.* prætermissam esse, ita negamus eam caput esse sive membrum præcipuum disceptationis in vtraq; lege propositæ. Regula namq; vtrobiq; allata casus plerosq; complectens principem in resolutione disceptationis locum obtinet, vtcunq; desit vna vel altera limitatio, scitu quidem necessaria, sed quæ nullo negotio legibus ex alijs de tempore æstimationis attendendo disponentibus suppleri possit ac debeat. Quod ex *l. vbi. in fi. ff. de eucti. l. qui autem, in fi. ff. si quis caut.* affertur, verum id quidem, sed hactenus, nisi quopiam casu diversum quiddam jure constitutum reperiatur. *l. in toto jure, & ibi not. ff. de R. I.* vt in proposito, vbi præcipitur quidem æstimandum, quanti res sit eo die, quo dari debuit, idq; servatur, siue res in eodem valore permaneat, siue postea minoris valeat, nô etiam, quando pluris deinceps valet, cum in eo casu dispositum jure deprehendatur, vt æstimatio quanti plurimi præstetur, *l. pen. ff. rer. amot. cum simil.* Quam vero Donellus ex *l. si Calendis, vers. ex eo, ff. de re jud.* ratiocinationem instituit, ea si valeret, hoc absurdi sequeretur, nunquam tempus moræ per interpellationem extrajudicialem contractæ, nec id quo res plurimi valet, attendendum esse, quia d. vers. non de vino, rebusq; similib. in genere suo functionem recipientibus, imo nec de rebus in genere debitis tantum loquitur, sed maxime generalem, quod particula *quidq.* satis indicat, dispositionem continet, ac vi consequentis etiam debitum speciei sive rei certæ concernit. Quod si per tempus, quo novissime solui potest, id intelligendum esset, post quod solvere debitor non amplius possit, quo liberetur, vt vult Donellus, certe nec dies solutioni destinatus esset nouissimum soluendi tempus, cum post eum res debita demum peti queat, *l. quoties in diem, cum l. seq. ff. de verb. obl. l. cedere, ff. de ver. sign. l. nihil peti, ff. de reg. jur.* & etiamnum solui possit, vt liberetur debitor, *l. interdum, §. vlt. l. si servum, §. sequitur, ff. de verb. obl.* dummodo ratio simul habeatur vtilitatis circa rem consistentis *l. si sterilis, §. cum per vend. ff. de act. empti, l. cum res, in pr. ff. de leg. 1.* Nisi forte Donell. catenus debitorem tempore diem præstitutum sequente soluere posse, quo liberetur, neget, quia solius rei oblatione, si qua creditori propter moram defutura ut vtilitas circa rem, liberari nequit: qua ratione proculdubio rectius & conuenientius accipitur, nouissimumq; perhibetur, vltra quod impune debitori non licet solutionē differre, cum quidem tempus anterius ei liberum relictum fuerit ad soluendum, *l. stipul. ista, §. inter incertam, ff. de verior. oblig. l. quod die, ff. de solut.* Nec tempore tantum solutioni, destinato usq; contestatæ nouissime solui potest, verum etiam tempus interpellationis extrajudicialis novissimum ad soluendum sit oportet, cum nec vltra illud impune debitor solutionem differre queat, & ex eo etiam quidq; si æstimandum *se a. i. a l. in hs, ff. de cond. trit.* non minus quam ex die, litisque contestatæ tempore. Ex eo autem, quod propter apertam dispositionem sive conuentionem fieri videtur, vt ad diem solutioni destinatum referenda sit æstimatio non sequitur moram, nō esse caussā, cur dies ille præ cæteris in æstimatione sit attēdendus, cum plures vnius effectus caussas esse nil vetet, *§. affinitatis, inst. de nupt. l. si non lex Aelia, ff. de her. inst.* & ad moræ, si vel sola subsit, tempus æstimationem regulariter esse reducendam constet, *l. in ea, ff. de cond. trit. l. hominem, ff. mand.* Voluntatem porro vtriusque contrahentium fuisse, vt re ad diem non soluta precise præstetur eius æstimatio, verisimile non videtur, cum rei debitæ solutioni dies præstituatur,

non æstimationi ad eum diem præcise referendæ, nihilq; minus, quam hoc ex illo inferri possit, contrarium potius vi ipsa quodammodo contineri obligatione videatur. quia cum cōtrahentes voluisse censeantur, vt re ad diem non soluta condemnatio fiat, non ad illius modo, sed & fructuum, tam eorum qui eo die pendebant, quā qui postmodum extiterunt, vsurarum eiusue quod interest, præstationem, idque vix alia de caussa, quam ne qui promissis non stetit, vlterius vllam ex re debita vel eius occasione sentiat vtilitatem, fideique non seruatæ ferat emolumentum, neue creditor eo carere commodo cogatur, quod re ad diem soluta fuisset habiturus, certe multo magis eosdem voluisse credendum, vt ad æstimationem, quæ post diem pluris esse cœpit, condemnatio fiat, cum in ea non modo eadem subat ratio, sed & maior pene, quia rem, quę cum plurimi valet, etiamnum debetur, repræsentat, eiusque loco præstanda venit. Adde quod in eo, ne res minoris pretij, siue minor æstimatio, quam die solutioni destinato fuerit, præstetur, sine dubio concurrat contrahentis vtriusq; voluntas: namque de creditore, quin periculum decrescentis æstimationis rei præstandæ non vltra diem solutioni dictum in se suscipere voluerit, minus ambigitur, cum vsque ad eum solummodo diem indulgere dilationem, proinde nullatenus vlterioris temporis periculo, quod circa rem sibi debitam necdum præstitā contingere potest, subiacere voluerit debitor autem astringendo sese ad illius diei solutionem, sibimet imponit necessitatem præstandi rem talem, & ad minimum tanti valoris, quanti eo die fuerit, quia si res eo die secundum conuentionem præstetur, tantum in effectu consequitur creditor, soluitq; debitor, quanti res tunc valet. Quocirca nemini mirum videri debet aut potest non minorē, quam illo die fuerit, æstimationem præstari oportere. Ne vero maioris prætij res, siue maior, quam eo die fuerit, æstimatio præstetur, tantum abest, vtrunique contrahentium voluisse, vt potius in vtroque, cum primis autem in creditore contraria voluntas non obscure depræhendatur, siquidem præsumi nulla ratione potest, creditorem nimis aliâs die adiectione oneratum, quod ante diem nequit exigere, certe plus satis debitori gratificantem, dum intermedium tēpus ei liberum relinquit ad soluendū, vltra diem solutioni destinatum sequenti etiam tempore oneri amittendæ ęstimationis postea crescentis subiacere, officiumque suum longiore, quam indulserit, tempore sibi damnosum esse, adeoque tantopere præiudicare voluisse, ne sibi emolumentum rei quo ad æstimationem superueniens vllatenus debeatur, neue debitor ad æstimationem rei maiorem, quam die solutioni destinato fuerit, vnquam condemnetur: debitor autem promittendo solutionem, hoc est, translationem dominij rei debitæ ad certum diem, tacite simul emolumentis post eum diem ex re siue occasione rei debitæ percipiendis, quippe quæ non nisi ad eum, qui vigore conuentionis tunc dominus esse debebit, pertinere poterunt, omnimodo renunciat. Regula *l. omnis, §. nunquam, ff. de regul. jur.* huc minime quadrat, cum non præteritæ moræ crescat æstimatio, sed quo tempore plurimi res nondum præstita valet, mora non minus durare fieriuę dignoscatur, quam cum primum diei lapsu committeretur. Nec obligatio fit maior ob id quod tardius agitur, quantumuis ad æstimationem interea crescentem teneatur morator, quandoquidem ea non est in obligatione, nec jure obligationis debetur, eoque per ipsam obligatio nequit maior fieri. Sed cum nihilominus ad ęstimationis augmentū, quod est vtilitas circa rem consistens, officio judicis teneatur morator, subjungit ICtus *in d. l. sisterrtis, §. cum per vend, ff. de act. emt,* obligationem crescere, non quidem in sese, id enim verbis præcedentibus inficiatur, sed

eatenus

catenus modo, quatenus officio judicis ea super obligatione cognoscentis, habenda est ratio æstimationis, *l. centum Capuæ, ff. de eo quod cert. loc. l. si quod ex Pamphila, ff. de lega. 2.* Deniq; licet mora die, quo dari debuit, nondum lapso non committatur, quia tamen diei lapsus in mora constituit, eo ipso momento, quo dies ille finitur, & sequens incipit, moram fieri concedatur oportet: hoc autem instanti, quoniam æstimatio diei modo lapsi nequit esse mutata, certe non immerito ICti ad diem solutioni destinatum æstimationem referunt: Vt omittam, non solum ob moram, verumetiam ob tacitam conventionem seu voluntatem contrahentium concurrentem, illius diei æstimationem, nisi postea crescat, attendi, ut aliquoties annotatum. Responsiones vero, quas ad tex. *d. l. in re. ff. de cond. fur. l penul. ff. rer. amot. & l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt.* afferunt antea sufficienter esse refutatas arbitror. Vnde simul apparet, nec eam subsistere responsionem, quam Donellus adducit ad regulam *l. in eandem. §. vnicuiq; ff. de reg. jur. & d. l. hominem.* Sumit enim in ca pro certo, *in d. l. vin. & d. l. vlt.* agi de rebus in genere tantum debitis, non de specie sive re certa, & rem deberi eius modo temporis, quod solutioni præstitutum fuit, non alterius, quo postea plurimi fuit: quorum posterius esse falsum, pluribus antea monstratum fuit, & patet etiam ex *d. §. cum per vend. ibi, saltem hodie*: prius quoq; vix posse verum esse, cum ex prædictis apparet, tum etiam inprimis ex *d. l. vlt. ff. de condic. trit.* vbi de merce petita quæstio generaliter proponitur, non ad rem in genere solummodo debitam restricta: Fit quidem exempli gratia mentio vini, olei, frumenti: Verum nihil hoc ad evincendũ, mercem in genere debitam sive petitam esse: Merx enim qualiscunq; sit, sive pondere, numero, mensurave constet, sive non, tam in specie, quam in genere deberi petiq; consueuit. Quod generaliter formata quæstio importat, idem natura condictionis triticariæ, de qua ex professo illic agitur, multo magis arguit & suadet, quæ non tantum pro quibusuis rebus in genere debitis, sed vel maxime pro rebus certis in specie debitis competere dignoscitur, *l. 1. & t. t. ff. de con. tic. trit.* Quin & Caius ipse, quo minus dubitationi locus esset, in fine clausulam generaliorem subiunxit, *quod & ac cæteris rebus juris est:* quam intelligendum esse de rebus, quæ mercis appellatione non continentur, contextus ipse satis arguit, in quo tota dispositio præcedens de merce nominatim concepta reperitur: ut vltimam clausulam non absq; singulari caussa sive mysterio adiectã diversum quid antecedenti dispositioni adijcere necesse sit. Non igitur interpretatio Donelli *in d. l. in hac, n. 12. ff. d. t.* de cœteris rebus prẹter vinũ, oleum, frumentum, in genere suo functionẽ recipientibus poterit subsistere, cum prẹsertim ipsamet interpretatio quandam redolere videatur divinationẽ, & Caius vini, olei, frumenti, saltem exempli, quod dispositionem nõ restringit, gratia meminerit, & vltimus vers. plane supervacuus sit futurus, nil cõtinens prẹter otiosam & inutilem repetitionem eius quod à principio dictũ fuerat. Nec Donellum hac in parte juuerit *d. l. vin.* quæ cum in actione sive caussa speciali, mutui videlicet, ex qua non nisi res in genere debetur, loquatur, dispositionem *d. l. vlt.* generaliter & in actione generali loquentem, non modo non potest restringere, verumetiam per eandem ad quaevis res alias tam in specie quam in genere debitas extenditur, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præst. l. regula, §. vlt. ff. de juris & fac. ign.* Cœterum † ut 38
hactenus ostensum, quanti plurimi res debita fuit post diem solutioni destinatum, tantum præstare oportere debitorem, per quem stetit, quo minus eo die solveret: ita vicissim in opposito casu, quando post diem solutioni destinatum decrevit æstimatio, statuendum, quanto minoris ab eo die res debita valuit, tantum

tantum in eius præstatione deduci posse creditori, per quem stetit, quo minus eo die acciperet, ut recte censuerunt Dd. superius in principio ampl. 1. relati: Equidem si a die solutioni destinato vsq; ad id tempus, quo creditor paratus est accipere, non fuit æstimatio commutata, vel mutata quidem fuit, sic tamen, ut a prædicto die, minoris nō valuerit, quam tempore, quo paratus est accipere creditor, valeat, non est, quod de spectando æstimationis tempore controvertatur, cum sit expeditum, creditori, per quem stetit, quando postea paratus est accipere, præstandam esse rem, *l. sed si postea, ff. de recep. arb.* nec quicquam sit, quod eidem rei, quæ ad minorem, quam nunc est, æstimationem hactenus redacta non fuit, detrahi sive deduci possit aut debeat, & debitori vel maxime prodesse videatur, quod rei minus valentis solutione liberetur, *Dd. loc. sup. rel.* Sin autem post diem solutioni destinatum talis supervenit æstimationis mutatio, ut post eum diem res debita intermedio quopiam tempore minoris valuerit, quam tunc temporis, quando creditor accipere paratus est, valeat, sive semper æstimatio creverit, sive successiue creverit atq; decreverit, quod fieri tripliciter potest, ut æstimatio temporis intermedij, quando minima fuit, æstimationi diei solutioni præstituti maior sit, vel eidem æqualis, vel minor, omnibus hisce casibus, excepto saltem postremo, reducenda erit æstimatio ad diem solutioni destinatum, ut tantum rei debitæ deducatur, quantum æstimatio temporis eius, quo creditor paratus est accipere, æstimationem diei solutioni destinati excedere dignoscitur, ut requirit etiam regula, *d. l. vin. & d. l. ultim. juncta l. 3. §. si per vend. ubi gl. & Dd. ff. de act. emt. Dd. lo. rel.* Vltimo demum casu, quando æstimatio intermedio quopiam tempore minor fuit, quam die solutioni assignato fuerat, & eo tempore sit, quo creditor paratus est accipere, id ipsum tempus, quo res minimi valuit, quoad æstimationem attendendum erit, ac proinde quanto plus hodie, cum est accepturus creditor, res debita valere depræhenditur, tantum ei deducere licebit, *Dd. loc. rel. ac præ cæteris Bolognet. in d. l. vind. num. 59.* & confirmatur, non tantum per ea, quæ pro defensione receptæ sententiæ in opposito casu fuerunt adducta, *arg. l. ult. §. ult. ff. de lega. 3.* sed inprimis etiam per ea, quibus ampliatio prima sup. comprobata fuit. Hoc tamen intelligendum de re in genere debita: nam in debito certæ speciei plerumq; nil deduci creditori quantumvis in mora constituto, constat ex restrictione comprobata superius in ampl. 2.

Limit. 2. in tempore grataria multiplicandæ præstationis apposito, 39
quod attendendum non venit, ubi de æstimatione rei post moram ineunda præstandaq; agitur, cum nec lapsus eius in mora constituat, *Bart. in l. 1. §. 1. num. 2. ff. de penu. lega. & in l. ita stipulatus, num. 45. ubi Fran. Aretin. n. 17. ff. de verb. oblig. Castr. in l. si Stichum, §. stipulatio, nu. 2. ubi Alex. nu. 3. Ias. num. 1. Zas. nu. 6. sensit q; Cuiac. ff. d. t. Salicet. in l. si pacto quo pœnam, n. 26. C. de pact. & in l. magnam, n. 5. & 6. C. de contr. stip. Alexan. in l. quoties in diem, nu. 3. ff. de verb. oblig. Ias. in l. si ex legati, num. 14. ubi Zas. n. 23. ff. d. t. Alciat. in d. l. vin. ad verba, si dictum, n. 48. ubi Bolognet. n. 29. ff. si cer. pet. Lorsot. in libello de mora, §. in his casib. vers. aut quando dies, Donell. in l. cum qui Cal. §. quoties, num. 14. & in l. qui hoc anno, num. 4. & 5. ff. de verbor. oblig. Ant. Gomez. in tom. 2. var. resol. c. 11. num. 45. Gab. Rom. lib. 3. com. concl. t. de solut. concl. 9. num. 17.* Quæ sententia in vltima quidem voluntate sive legatis citra difficultatem procedit, *ut sensit etiam Duar. in l. qui hoc anno, ff. de verbor. obligat.* etsi cunq; contrariam opinionem Baldo asscribat, simul etiam redarguat *Aret. loc. rel.* Probatur enim cumprimis per tex. *l. si in annos, ff. de ann. lega. l. 1. §. si in annos, ff. ad leg. Falc.* ubi legata seu fideicommissa in singulos

gulos annos relicta, primi quidem anni puta, sequentium annorum conditionalia statuuntur. Quotiescunque vero pura vel cõditionalis modo subest obligatio, debitor antequam ab eo vel extra judicium vel in judicio petatur, in mora non constituitur, *l. si ex legati, ff. de verb. oblig. l. Titia, §. vlt. ff. de lega. 1.* ac per consequens dies aliquis petitionem sive interpellationẽ præcedens, non potest, quo ad æstimationem attendi, *l. vin. ff. si cert. pet. l. vlt. ff. de cond. trit. l. hominem, ff. mand.* Similis tex. *in l. 1. C. quando dies leg. seu fideic. ced.* Cum enim constet inde, annua legata seu fideicommissa ab initio cuiusq; anni exigi sive peti posse, nec expectandum esse, dum annus quisq; præterierit, id pariter etiã consequitur, ea non esse in diem relicta, *§. in diem, inst. de verb. oblig. l. cum qui Cal. §. vlt. cum l. seq. l. eum qui certar. ff. de verb. oblig.* ac proinde diem in ijs non interpellare, *c. potuit, de locat.* vtcunq; temporis alicuius in dispositione facta sit alio fine mentio, *l. eum qui, §. qui ita, ff. de verb. oblig.* idq; vel eo magis, quia sic in jure comparatum videtur, ut quoties alia intentione tempus, quam ut ante finem eius solutio fiat, in dispositione adijcitur, lapsus eius in mora neminem constituit, quandoquidem ideo dies interpellat, quia per assignationem diei fuit ab initio veluti denunciatum debitori, ut ad eum diem solveret, nec vlterius differret, prout sæpe notatum, ac præ cæteris inculcat *Donell. in l. quod te, n. 5. ff. si cer. pet.* Annos vero plures in legato annuo constat esse alio fine adjectos, nempe conditionis inducendæ, si vivet legatarius, ac per hoc multiplicandæ obligationis gratia, *l. si in singulos, 4. ff. de ann. leg.* Non igitur anni lapsus annuum debitorem in mora constituere poterit. Bartolus autem thema nostrum confirmare nititur partim per *l. 1. §. 1. ff. de penu. leg.* inductam ab eo *in d. l. ita stip. n. 45. ff. de ver. obli.* quæ non multum probat, cum Vlpianus *in vers. quod si in annos*, quo de legato annuo agit, oblationis sive purgationis adlitis vsq; contestationẽ permissæ mentionem haud faciat, ut in priore penũ semel legatam concernente, idq; notat etiam *Fr. Aret. in d. l. ita stipul. n. 17.* partim ea ratione, quia tempus idem obligationem pariter & moram inducere nequit, *l. quod dicimus, ff. de solu. l. promissor Stichi, ff. de const. pecu.* quod multo minus huc accommodari potest sive quadrat, cum obligatio cuiusq; legati nascatur in ingressu anni, *l. in singulos, 8. ff. de ann. lega. l. nec semel, ff. quando dies lega. céd.* mora vero, si qua ipso jure introduceretur, exacto demum anno subsequeretur, & ita spacium annuum inter tempus existentis conditionis sive nascentis obligationis, & tempus moræ intercederet, *l. qui hoc anno, l. eum qui certar. ff. de verb. oblig.* prout etiam notavit *Ripa in l. si insulam, n. 42. quem refert ibid. Bolognet. nu. 115. ff. de verb. oblig.* Cæterum in contractibus limitationi locum non esse, sed in eis lapsu cuiuslibet anni debitorem in mora constitui, eoq; spectandum esse, quanti res quotannis debita sub finem anni valuerit, tenuit *Bart. in d. l. ita stipulatus, nu. 45. Castr. in d. l. si Stichum, §. stipul. huiusmodi, nu. 2. vbi Alex. n. 3. Ias. n. 1. Zas. n. 6. Gomez. d. c. 11. n. 44. Lortor. in l. vin. nu. 10. & 14. ff. si cert. pet. Ripa in l. quod te, num. 35. ff. si cert. pet.* Tum, 1. per tex. *l. 2. C. de jure emphy. & c. propter, §. vlt. & c. vlt. de loca.* qui tamen evitari possunt, cum in eis imponatur pœna emphyteutæ, quando per biennium sive triennium canonem non solvit: vnde manifeste constat sententia legis omnimodo requirentis, ut ante finitum vnumquodq; biennium sive triennium solvatur, eoq; nil mirum si citra interpellationẽ debitor pœnam incurrat. Longe aliter in annua stipulatione comparatum, in qua nihil eiusmodi à lege vel contrahentibus dispositum deprahenditur, proinde nec in eo requiritur, ut annuum debitum ante finitũ vnumquemq; annum solvatur: id tantum cõstat agi, ne semel, sed multoties, per annos videlicet singulos in obligationem deducta summa intelligatur esse

Kk debita.

debita. Deinde sive in singulos annos, sive menses, sive semestria canonem emphyteuta debeat, non est dubium, quin dispositioni *d. l. 2. & d. c. propter, & c. vlt.* sit etiamnum locus, nec antequam biennio sive triennio integro cessauerit, emphyteuta cadat a jure suo, cum contrahentes aliud tempus biennio vel triennio breuius aut longius, per quod si sol vere cesset emphyteuta, cadat a jure suo, neutiquam præfinierint: *ita Ias. post alios in d. l. 2. n. 180. & patet etiam ex traditis per Clarum, §. emphyteusis, q. 12.* Vnde manifeste depræhenditur tempus multiplicandæ præstationis, de quo nos loquimur, ab eo, cuius lapsu emphyteuta in pœnam amissionis incidit, quam maxime diuersum esse, ut proinde quod in hoc statutum reperitur, ad illud trahi nec possit nec debeat, *l. si maritus quondam, C. de don. int. vir. & vx. cum simil. notatq́; præ cæteris Couarr. lib. 3. var. resolut. c. 17. n. 4.* Tum, 2. quia ratio propter quam in legatis annuis mora citra interpellationem non contrahitur, esse non alia videtur, quam quia sub initium cuiusvis anni nova propter existentiam cōditionis nascitur obligatio, quæ tempus intra quod ei satisfiat, annexum non habet: isthæc autem ratio cessat in annuo contractu, ex quo vna duntaxat obligatio pro singulis annis, & quidem protinus tempore conventionis nascitur, *l. si Stichum, §. stip. huiusmodi, ff. de verb. obli. l. senatus, §. vlt. ff. de don. caus. mor.* Negat hoc quidem Donellus, pluresq; plurium annorum obligationes annua stipulatione constitui contendit *in d. l. qui hoc anno, n. 6. ff. de verb. oblig.* Sed assertio eius hac in parte defendi vix potest, quia ex vna stipulatione regulariter vnica nascitur obligatio, *l. in duob. § vlt. ff. de duob. reis. l. 1. §. vlt. ff. de stipul. seruor. l. generaliter, ff. de fideiuss. l. vlt. §. vlt. ff. de nouat.* nec tex. *§. at si ita, inst. de verb. obli.* agens de stipulatione annua plurium obligationem, sed obligationis in singulari duntaxat meminit, nec ortum obligationis, nisi per conditionem, quę stipulationi puræ, qualis est annua, neutiquam subest. *§. omnis, inst. de ver. obli. l. cedere, ff. de ver. sign.* suspendi constat, *§. ex conditionali, inst. de ver. obli. d. l. cedere.* & alioqui vix quisquam interesset inter annuam stipulationem, & legatum annuū, quod cum non minus quam stipulatio conceptione verborum vnum sit, saltem ratione pluriū obligationum, quarum vnaquæq; sub initium anni sui nascitur, in plura legata scinditur. *l. in singulos, ff. de ann. leg. l. nec semel, ff. quando dies legat.* qua quidem ratione peræque annuam stipulationem contra tex. *d. §. stipul. huiusmodi, & d. §. vlt.* scindi oporteret in plures, siquidem ex ea per singulos annos nova constitueretur obligatio, ut Donellus arbitratur. Admissa vero vnitate obligationis fundamento pro sententia Bartoli adducto etiamnū responderi potest, novam obligationem sub initium cuiusvis anni nascentem, non esse in caussa, cur in annuo legato mora sine interpellatione minime contrahatur, sed id ea de caussa potius evenire, quia tempus intra quod obligationi satisfieri debeat, non reperitur adjectum, cum annui sive singulorum annuorum mentione nihil aliud in dispositione denotetur, quam legatum toties præstandum esse, quoties annus legatario vivente recurrit, *l. 4. ff. de ann. leg. l. 1. §. si in annos, ff. ad leg. Falc. cum simil.* Annua vero stipulatio licet vna sit, nec quotannis novam obligationem inducat, tamen ipsa quoq; tempore, intra quod satisfieri debeat, peræque destituitur, cum annui sive singulorum annorum mentione in ea quoq; non aliud denotetur, quam summam promissam toties præstandam esse, quoties annus recurrit, *§. at si ita inst. de ver. oblig. l. si Stichum, §. stip. huiusmodi, ff. de verb. oblig. l. senatus, §. vlt. ff. de don. caus. mor.* Tum, 3. quod anni plures citra controversiam differunt exactionē atq; solutionem, ut ante adventum cuiusque anni exigi debitum nequeat: hoc enim omnes admittunt teste Nonio *in d. §. at si ita, num. 14. inst. de verb. obli.*

Quo-

Quoties autem confestim peti nequit, obligatio censetur esse in diem, *§. in diem, inst. d. t.* cuius lapsus in mora constituit, *l. magnam, C. de contr. stip. l. 2. C. de jure emph.* Sed distingui potest inter id tempus, quod exactionem duntaxat respicit, petitionem vero minime suspendit nec impedit, *l. quod dicimus, ff. de solut. l. promissor Stich. §. si sine, ff. de constit. pec. Nonius in §. omnis, nu. 7. inst. de verb. obl.* quale quidem videtur esse tempus illud intermedium, quod est ab inita conuentione vsque ad initium cuiusuis anni, *Nonius in d. §. at si ita, n. 14. Fac. not. per Gom. d. c. 11. nu. 47. Gail. lib. 2. obseru. 74.* & alterum, quod petitionem quoq; respicit, atq; differt: non enim illud, sed hoc demum efficit, vt obligatio sit in diem, vt præ cœteris notat idem *Non. d. §. at si ita, n. 14.* Quin etiam tam petitio, quam obligationis executio siue exactio suspenderetur atq; differretur, non tamē est perpetuo verum, obligationem in diem esse, moramq; dieti lapsu contrahi, quando confestim peti nequit, vt non obscure probat *l. inter annum, ff. de verb. obl. & potet ex not. in ampl. 6.* Adde quod ad evincendum obligationem esse in diem, non modo constare debeat, quod exigi non possit, nisi dies annus, mensisue inceperit, verum etjam quod exigi nequeat, nisi totus præterierit, *d. §. in diem*, cum tamen hoc posterius in proposito probari nullo modo possit: Prius illud hactenus admittatur, quatenus natura multiplicatæ præstationis importat, vt summa in obligationem deducta, non semel tantum, sed multoties; siue pluribus & perpetuis vicib. præstetur: Vices illæ multiplices, sibiq; perpetuo succedentes tempora præsupponunt intermedia & intercedentia, quæ cum alioqui prorsus incerta futura essent, determinantur certaque redduntur eo ipso, quod in conuentione tempus aliquod certum, anni puta, mensis, &c. ita designatur, eoque fine adijcitur, vt inde constet, contrahentes plus quam semel, adeoque toties præstari summam promissam voluisse, quoties id tempus recurrit. Vt igitur alias quam sæpissime, sic etiam in annua, menstrua, similiq; stipulatione, solutionem identidem recurrentem inducente, obligatio ex re ipsa, quæ est in proposito quidem multiplicata, promissæ summæ præstatio, dilationem recipit, cum sit alioqui per se pura, non in diem, *d. l. inter annum, ff. de verb. obl.* Contrarium † ergo, quod in 40
annuis etiam contractibus interpellationi sit omnimodo locus, vt lapsus anni moram non inducat, sed interpellatio requiratur, tenuerunt *Bald. in l. si pacto quo pœnam n. 7. & 9 ubi Salic. n. 25. C. de pact. Salic. in l. magnam, n. 6. C. de contr. stip. Loriot. sit contrarius in libello de mora, § in his de casib. v. proinde,* & videntur sensisse DD. annuum debitum in anni cuiusuis initio exigi posse communiter statuentes in *d. §. at si ita; vbi præ cæteris Nonius, n. 4. & 5. inst. de verb. oblig. & in §. penult. inst. de inut. stip. Cagnol. in l. lecta, n. 94. ubi Loriot. n. 59. Bologn. t. nu. 28. ff. si cer. pet. Cuiac. in d. l. si ita b. §. si pu'. huius, nu. 11. Donell. in l. qui hoc anno, maxime nu. 5. & 6. ff. de verb. oblig. Moz. de contract. t. de stipu'. su rub. de st. pul. pura, &c. num. 11.* Et probatur cum primis per *tex. d. §. at si ita,* stipulationem annuam decidentis esse puram: quem singulariter ponderat Donellus sine quidem paulum diuerso, vt euincat, ab initio cuiusvis anni exigi posse, sic tamen vt partitatione conficiatur, anni lapsu minime committi moram. Vt enim proprium est obligationis puræ, ex ea confestim agi posse, sic multo magis eiusdem consequens est moram sine interpellatione neutiquam contrahi, *l. si ex legati, ff. de verb. obl. l. mora, ff. de vsur. l. Titia textores, §. v.t. ff. de legat. 1.* Secundo: quia si annua obligatio foret in diem, annique lapsus in mora constitueret, confunderetur discrimen inter annuam stipulationem, & plures plurium summarum stipulationes vna verborum conceptione coniunctim factas. Namque sæpenumero fieri solet, vt in annua quoque stipulatione plures anni certo numero restringantur, puta, si pro-

mittatur annua quinq; per decennium: quo casu nihil amplius referret, annua sit & vna stipulatio, an vero plures plurium summarum, quia vtrobiq; lapsus anni cuiusuis moram induceret, nec non obl. foret in diem, ex qua peti, nisi quolibet anno exacto nō potest, *d. l. qui hoc anno, ff. de verb. obli.* Consequens autem minime consentaneum juri, quod has ab illa quam maxime discernit, multumq; discriminis inter easdem constituit, *l. plurib. §. 1. ff. de verb. obl.* Ergo, nec antecedens. Tertio, quia annorum adiectio præter propositum & mentem contrahētium operari nequit, *l. non omnis, ff si cer. pet.* Constat autem hic annorum fieri mentionem, vt obligatio extendatur, promissæ sūmæ præstatio totalis multiplicetur, eamq; toties repeti debere denotetur, quoties annus recurrit. Non igitur vltra intentionem contrahentium licebit eam in tantum extendere, vt efficiat obligat. in diem, moramq; per anni lapsum inducat. Quarto: quia longe diuersa sunt, promittere simpliciter annuum debitū, & promittere annuum debitum vnoquoq; anno præstandum: Prius illud vnicā solummodo continet, vt summa promissa toties præstetur, quoties annus recurrit: Posterius non hoc solum, sed exigit insuper, vt ante finē cuiuslibet anni soluatur, *l. Celsus, § 1. ff. de recep. arb.* Non igitur annuum debitum, nisi quoties tale quid actum esse apparet, siue contrahentes voluisse non obscure dephrehenditur, ante finem cuiuslibet anni solui necesse est, eoq; nec lapsus anni in mora constituit. Quinto: quia regulare est, vt cuius tēporis lapsu mora contrahitur, eius ante finem exigi nequeat: isthæc n. duo regulariter inuicem cohærere, & ex obligatione in diem consequi consueuerunt, *§. in diem, inst. de ver. obl. l. magnam, C. de contr. st. p.* Atqui non minus annuis in cōtractib. quam in legatis exigi sub initium anni cuiusq; posse, nec anni finē expectandum esse: communi sententia receptum est, de qua præ cæteris testatur *Nonius in d. §. at si ita, nu. 4. & 5. Lor. in l. lecta, nu. 59. ff. si cer. pet. Goris... d. c. 11. nu. 27. dicens, veram, communem, & in judicando & consulendo tenendam: idemq; statuit Zas. in l. qui hoc anno, nu. 9. ff. de verb. obl.* Quare nec anni finis in mora constituet: idq; vel eo magis, cum onus in mora constituendi per interpellationem refugere non debeat, qui tātopere releuatur, vt sub initium anni protinus exigere possit, *l. secundum naturam, ff. de reg. jur. c. qui sentit, d. l. 1. in 6.* & imputari possit ei, cur anno durante, quo commode potuisset, non exegerit, *l. damnum, ff. de reg. jur.* Sexto, quia sic in legatis animaduertimus esse comparatum, vt lapsus anni moram nō inducat, nec assignari congrua diuersitatis ratio potest, propter quam in stipulationibus procedere nequeat, quod in legatis obtinet, vt vel satis ex prædictis apparet. Concludendum igitur, ne quidem in annua stipulatione per anni lapsum debitorem in mora constitui, eoq; nec attendi, quanti sub finem anni moram non inducentis res fueri, cum ab vltimis etiam voluntatibus ad contractus argumentum procedat, non subsistente rationis diuersitate, *l. pactum inter heredem, ff. de pact. l. seruum filij, §. cum qui chirographum, & l. qua de legato, ff. de lega. 1. Ias. in l. si insul. num. 16. versic. nec est bona, ff. de verbor. obl. Nonius in §. ex conditionali, ante numer. inst. de verbor. obli. Latius Euerh. post alios à se relatos in loc. à contr. ad vlt. vol.* Porro quia legatum annale, si sit ex sententia testatoris perpetuum, vt cum vniuersitati relinquitur, *l. annuam, l. liberto, §. Lucius, l. cum quidam, l. cum erat, ff. de ann. lega.* aut hæredibus etiam legatarij, *l. in annalibus C. de legat.* nihil discrepare videtur ab annua stipulatione, adeoque rationes adductæ in eo quoque militant, insuper quod cœteris in legatis annuis juris est, æque in eo procedit, nisi quatenus perpetuitas, qua distat ab eis, diuersum in illo jus exigit, *argument. l. sancimus, C. de testament. l. præcipimus, C. de appellat.*

conse-

consequitur hinc, etiam in legato annali perpetuo exactionem initio cuiusvis anni fieri posse, nec anni lapsu moram sine interpellatione contrahi, proinde nec æstimationem, quæ sub finem anni fuerit, spectari oportere, *per l. 1. C. quando dies lega. ced.* Nec enim hac in parte perpetuitas diuersum jus exigit, *d. §. at si ita.* Prout etiam dubitandum non est, quin ubi contractus annuus creditoris aut debitoris vitam non excedit, quod quando & quatenus eveniat, tractant *Dd. in d. l. si Stichum, §. stipul. huiusmodi, maxime Donell. num. 4. & 5. & in d. §. at si ita, ubi præ cæteris Nonius, nu. 11. Gomez. d. c. 11. num. 46.* similiter anni lapsu mora minime contrahatur, cum in eo quoq; rationes allatæ, & inprimis *tex. d. §. at si ita,* procedere videantur, tantumq; absit, illam ad tempus vitæ restrictionem, quæ solummodo apponitur inhibendæ obligationis gratia, quicquam impedimenti hac in parte objicere posse, ut ea potius hoc ipsum quam maxime videatur exigere, *l. 4. ff. de ann. lega.* Secus

41 † est, quando summa, quæ prius erat una, sive quam disponens aut contrahentes unam vellent, in menstruas vel annuas pensiones dividitur: tunc enim annua vel menstrua non est obligatio. *Loriot. in l. lecta, num. 60. ff. si cert. pet.* cum non plus quam semel debita summa præstanda sit, sed simplex, in qua partes unius eiusdemq; summæ certis temporibus præstandæ veniunt usq; dum summam debitam æquent atq; compleant, *l. 3. ff. de ann. lega.* Nec enim ibi fit mentio mensium annorumve, ut multiplicetur summa, sive debitum, sed ut summa, quam alioqui nulla divisione facta statim integram interpellanti creditori solvi oporteret, distribuatur in partes illis demum sive mensibus sive annis solvendas, & sic adijciuntur gratia differendæ solutionis, *Dd. in l. lecta, ubi post alios Ias. num. 7. Cagn. num. 93. Bolognet. num. 28. ff. si cert. pet. Dd. in l. 1. C. quando dies lega. & in l. qui hoc anno, ff. de verb. oblig. & in d. §. at si ita, inst. d. t. ubi præ cæteris Non. num. 6. Alex. in l. si insulam, num. 22. ff. d. t.* Quodq; sit obligatio in diem, asserit ICtus *in l. si cui legetur, ff. de lega. 1.* cuius hæc natura, ut ante diem finitum peti nequeat, quod eo die dari debuit, *l. nihil peti, ff. de reg. jur.* lapsusq; diei moram inducat, *l. magnam, C. de contr. stip.* Neve sit pluribus opus, est clarus ad propositum nostrum tex. *in l. lecta, maxime vers. igitur finito, & vers. & cum sortis, ubi not. idem Dd. Donell. post alios in d. l. qui hoc anno, num. 5. Dd. in d. §. at si ita, maxime Non. num. 6.* Sed etsi † non expresse assignetur vna summa, distincte tamen cum 42
anni exprimantur, cum summæ in ijs solvendæ, procul dubio non erit annua stipulatio, sed plures plurium summarum stipulationes, *l. plurib. §. 1. ff. de verbo. oblig. ubi Dd. & in d. l. si Stichum, §. stipul. huiusmodi, ff. d. t.* utcunq; sint vna verborum conceptione compræhensæ, *l. scire, ff. de verb. oblig.* quarum vnaquæq; est in diem, cum ex ea non recte petatur, nisi omnibus assignati anni partibus præteritis, *l. qui hoc anno, l. eum qui certar. ff. de verb. oblig. §. penult. inst. de inut. stip. vbiq; Dd.* eoq; lapsus anni moram inducit, *d. l. magnam, C. de contr. stip. & sensisse videntur Dd. in d. l. si Stich. §. stip. & in d. l. qui hoc anno, & in d. l. plurib. §. 1. ff. de verb. obl. nec non in d. §. at si ita, inst. d. t. & in §. penult. inst. de inut. stip. Ias. in d. l. lecta, num. 7. vbi reliqui Dd. ff. si cert. pet. Fac. quæ post alios tradit Alex. in l. si insulam, n. 22. ff. de verb. oblig.*

Limit. 3. in tempore apposito limitandæ seu finiendæ obligationis 43
gratia, quod nec in mora quenquam constituit, nec in æstimatione venit attendendum, *Bart. in l. ita stipulatus, num. 46. cum quo cæteri transeunt, ff. de verb. oblig. Angel. in l. si insulam, vbi Ioan. de Imol. nu. 27. vers. item adverte, ff. d. t. Ias. in l. si ex legati, n. 14. ff. d. t. Alciat. in l. vin. nu. 48. vbi Loriot. nu. 14. & Bolognet. nu. 29. ff. si cert. pet. Dd. in §. at si ita, vbi Nonius n. 5. inst. de verb. obli. Loriot. in lib. de mora, §. in his casib. vers. proinde, ibi, aut si dicerem, Ioan. Saporta de mora. c. 2. nu. 60. Gab. Rom. d. t. de sol. concl. 9. n. 15.*

Pro qua sententia apprime faciunt *l. emtorem, §. deniq. ff. de act. emti, l. cum qui ita, §. qui ita, ff. de verbor. oblig.* & probatur per *l. vin. ff. si cert. pet. l. vlt. ff. de condic. trit.* vbi tanti lis æstimanda perhibetur, quanti fuisset tempore solutioni destinato, quo dari debuit: Tempus autem obligationē limitans atq; finiens, non est solutioni destinatum, nec eo fine adjectum, ut tunc demum solvi debeat, *d. §. qui ita, ubi Dd.* Rursus, cuius temporis æstimatio spectatur, post illud etiamnum efficaciter peti potest, *l. penult. ff. de cond. trit. l. hominem, ff man d. l. 3. §. si per vend. ff. de act. em. cum simil.* Sive enim ipsa æstimatio sit in obligatione, post tempus obligationis ad quod refertur, etiamnum peti potest, *l. fundum, ff. de nouat.* sive res, non aliter eius loco præstanda venit æstimatio, quam vbi res vel desijt esse in rebus inhumanis, vel non amplius in ea bonitate intrinseca & extrinseca præstari potest, qua præstari debuisset, *l. in re furtiua, in pr. ff. de cond. furt. l. in hac, ff. de cond. trit. junct. l. si domus, §. qui confitetur, cum §. seq. ff. de legat. 1. cum simil.* & ad moræ tempus æstimationem, quæ postmodum & exigi potest, & solvi debet referri constat, *d. l. in hac.* Postquam vero tempus appositum ad obligationē finiendam effluxerit, ne quidem ipsa res, etiamsi præstari possit, peti potest efficaciter, nedum eius æstimatio, *l. emtorem, §. deniq. ff. de act. emt.* Repellitur enim agens opposita exceptione doli vel pacti conventi, *d. §. qui ita, l. obligationum fere, §. placet, ff. de act. & obli.* Non igitur tempus huiusmodi venit in æstimatione spectandum.

44 Limit. 4. in tempore saltem gratia demonstrationis adjecto, puta, si descriptioni rei in obligationem deductæ dies inseratur, aut is, quo conventio sive dispositio facta fuerit, exprimatur: huiusmodi namq; tempus, cum nec actionem differat, nec solutioni destinatum sit, multoque minus efficiat obligationem in diem, *l. Lucius Titius, §. qua marito, ff. de leg. 2.* adeoq; præsens vel præteritum plerumq; sit, *l. Stichum qui, ff. de leg. 1. l. nominatim, §. vlt. ff. de cond. & dem.* vtiq; in mora neminem constituit, nec in æstimatione attendendum est, *d. l. vin. & d. l. vlt. Bald. in l. si pacto quo pœnam, n. 7. C. de pact. Angel. in l. si insulam, ubi Ioa. de Imo. n. 27. Alex. nu. 18. & post alios Bolognet. n. 118. ff. de verb. oblig. Castr. & reliqui Dd. in l. liber homo, §. decem hodie, ff. de verb. oblig. Lor. in lib. de mora, §. in his casib. vers. proinde, & in l. vin. n. 12. ff. si cer. pet. Gab. Rom. d. concl. 9. nu. 36.* quorum pleriq; pro confirmatione adducunt *tex. d. l. liber, §. decem,* qui si secundum Bartoli, eorumve qui sequuntur ipsum, interpretationem accipiatur, satis hanc sententiam probat. Sed alium eius loci sensum esse, inq; casu *d. §.* lapsum hodierni diei moram inducere, superius in ampl. 14. fuit ostensum. Attamen est hæc limitatio per sese clara, vixq; dubitationem habet, cum verba, quæ demonstrationis caussa proferuntur, nihil operentur præter demonstrationem ipsam: *in quam sententiam plures congessit Menoch. cons. 339. n. 9. lib. 4.*

45 Limit. 5. cum ante diem solutioni destinatum mora vel ex parte creditoris, quod frequentius, vel ex parte debitoris, quod rarius accidit, intervenit: tunc enim non ex die solutioni destinato demum, sed ex anteriore tempore, quo committi mora cœpit, æstimatio rei debitæ fit adversus creditorem quidem, quanto minoris, adversus debitorem, quanto pluris valuisse dignoscitur: ita sentit *Bart. in l. stip. ista, §. inter incertam, ff. de verb. obli.* dum periculum rei in obligationem deductæ post moram ante diem commissam, ad eum qui moram commisit, pertinere statuit, prout etiam sensit *Ioa. ab Imol. ibid. n. 22. & sequuntur cæteri Dd.* Quamvis enim *in d. l. vin. & d. l. vlt.* simpliciter æstimatio reducatur ad diem solutioni destinatum, tamen id esse intelligendum ea cum restrictione, nisi mora creditoris aut debitoris præcesserit, non obscure probat *l. hominem, ff. mand.* qua eadem restrictio apponitur tempori quo agitur, ad quod non minus quam ad diem solutionis

tioni destinatum refertur æstimatio ex dispositione *d. l. vin. & d. l. vltim.* nec facile ratio diversitatis excogitari potest, cur si mora litis contestationem præcesserit, ad ipsius moræ tempus æstimatio sit reducenda, nec tamen ad eiusdem tempus æque referri debeat æstimatio, si ante diem solutioni destinatum intervenerit, *l. à Titio, ff. de verb. oblig.* Quod si quoties actu caussa ponitur, pariter etiam effectus inde necessario consequens existit, *Herman. Vulteius discep. scholast. c. 16. vers. sane si obligatio est:* moræ vero simul atq; committitur, hic præ cæteris effectus est, ut ad tempus eius æstimatio referri debeat. *l. penult. ff. de com. trit. l. hominem, ff. man. l. si sterilis, §. cum p. r v. nat. ff. de act. emt.* vtiq; cum ante diem committitur ipsa, ad tempus eius diem præcedens reducenda fuerit æstimatio. Cumq; sæpius ostensum sit, cumprimis propter moram, quam diei lapsus etiam inducit, spectari, quanti res eo die fuerit, quo dari debuit: hic autem diu ante mora commissa fuerit, quam dies venerit, vel hinc efficitur, æstimationem in proposito ad anterius moræ tempus jure merito reduci, *l. illud, ff. ad leg. Aquil.* Deniq; si ex tempore moræ ante diem commissæ non fieret æstimatio, procul dubio sequeretur, moram præsertim in obligatione generis impune committi ante diem, adeoq; committenti prodesse, siquidem vtilitas eius per quem non stetit, in æstimationem non veniret, nisi a die solutioni destinato, quo si maior sit æstimatio, quam tempore anterioris moræ, creditor haberet emolumentum, qui prius accipere noluit: si minor, debitori commodum quæreretur, per quem stetit ante, quo minus solveret: Hoc vero cum sit absurdum contraq; moræ naturam, *d. l. hominem, d. l. si sterilis, §. cum per vend. l. cum res in princ. ff. de legat. 1.* verum non erit antecedens, vnde id sequitur, *arg. c. solitæ, versic. nam si, vbi not. per Dd. de maior. & obed. Late post alios Everh. in loc. à destruc. conseq. ad destr. anteced.*

Limit. 6. Quoties mensis, annus, 46
aut simile tempus tractum longiorem habens, quo durante varia potest ac solet esse rei æstimatio, solutioni præstituitur: tunc enim non attenditur, quanti plurimi res eo anno sive tempore valuerit, sed ea demum spectanda venit æstimatio, quæ vltimo die sive sub finem temporis illius fuerit, cum quod vltimus eius temporis dies ille sit, quo novissime solvi potest, *l. qui hoc anno, l. cum qui certar. ff. de verb. obli.* ex eo autem tempore quidq; constat æstimandū esse, quo novissime solvi potest, *l. si Calend. is, ff. de re jud.* cum quod vbi tempus plures dies sub sese complectens solutioni destinatur, in effectu perinde est, ac si vltimus dies eius temporis solutioni præstitutus esset: Sive enim vltimus anni mensisve dies, sive annus ipse vel mensis solutioni præfiniatur, vtrobiq; erit obligatio in diem, *§. in diem, inst. de ver. obli. l. nihil peti, ff. de reg. jur.* & ante vltimum anni mensisve diē vtrobiq; licebit solvere, *l. continuus, §. cum ita, vers. nam & quod, ff. de verb. obli.* vtrobiq; lapsus vltimi diei in mora constituet, *l. 2. C. de jure emphyt. l. magnam, C. de contr. stip.* nec ante finitū vltimum diem peti poterit, *§. penu. t. inst. de inut. stip. §. in diem, inst. de ver. obl.* Atqui cum anni mensisue dies vltimus solutioni destinatur, non ambigitur, spectandum esse, quanti fuisset eo die, *l. vin. ff si cer. pet. l. vlt. ff. de cond. trit.* Proinde tum quoq;, cum annus, mensis, aut simile tempus plures dies continens solutioni præstituitur, æstimatio ad vltimum illius diem referenda erit, *jur. practt.* Tum deniq;, quod ad id tempus minime sit referenda æstimatio, quod debitori liberum relinquitur ad solvendum, *l. quoties, ff de verb. obli. cum simil.* Totum autem tempus solutioni destinatum debitori liberum relinquitur ad solvendū vsq; ad vltimum diem, *l. stip. ista, §. inter incertam, ff. de ver. oblig.* cuius ante finem nisi solvatur, ipso jure mora contrahitur, *d. l. magnam.* Non igitur anterior æstimatio, quam quæ fuerit vltimo die, spectanda erit.

47 Limit. in die incerto, quem in mora non constituere, proinde nec in æstimatione attendi oportere censuerunt interpretes longa serie relati per *Gab. Rom. lib. 3. com. concl. l. 1. de solut. concl. 9. num. 32.* quib. addi possunt *Sadolet. in l. quod te, num. 65. ubi Bolognet. nu. 63. ff. si cert. pet. Loriot. in l. vin. n. 12. ubi Bolognet. n. 30. ff. d. t. Loriot. de mora, §. in his casib. vers. proinde, M. Ant. Bauer. de mora, p. 2. n. 4. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 11. num. 25. Menoch. consil. 132. num. 10. vol. 2. Caeberan. decis. 49. nu. 8. Anton. Faber lib. 16. conjectur. c. 8.* Confirmatur primò, quia dies incertus conditionem includit & importat, non tantum quando apponitur in vltima voluntate, *l. dies incertus, ff. de cond. & dem. l. si Titio, ff. quando dies leg. vel fideic.* sed & cum adijcitur contractui, *l. huiusmodi, l. stipul. ista, §. inter incertam, & vtrobiq; Dd. ff. de verb. oblig.* & ferme nihil interest, vtrum concepta sit obligatio sub conditione, an in diem incertum, *d. l. si Titio. l. quodcunq; §. non solum, vbi Dd. ff. de verbor. obligat.* Conditio vero, quantumvis evenerit, in mora neminem constituit, secundũ communem & receptissimam interpretum sententiam, de qua per *Bart. in l. ita stipulatus, n. 50. ff. de verbor. oblig. & Dd. in l. quoties in diem, ff. d. t.* Ergo nec dies incertus, licet extiterit, in mora quenquam constituere vel in æstimanda re attendi poterit. Deinde dispositio sub conditione sive in diem incertum suspensa, existente conditione seu die incerto non modo æquiparatur obligationi puræ, sed etiam pura fit, *tex. in l. vltim. §. 1. ff. de vulg. & pup.* atq; adeo perinde habetur, ac si illo tempore, quo dispositio sive conventio facta fuit, sine conditione vel incerto die concepta fuisset, *l. potior, §. 1. ff. qui potior. in pign.* Quoties autem pure citraq; assignationem diei incerti concepta fuit obligatio, nemo dubitat, in mora debitorem ipso jure minime constitui, sed per subsequentem demum interpellationem, *l. mora, ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verb. oblig.* Itaq; nec in dispositione sive conventione per incertum diem suspensa, cum extiterit ille dies, eamq; puram reddiderit, mora ipso jure citraq; interpellationem induci poterit, *l. Titia textores, §. vlt. ff. de lega. 1.* Tertiò, quia cum in die incerto vel vtrumq; sit incertum, an & quando sit extiturus, vel ex ijs alterum, plerumq; usu venit, ut ante quam dies extiterit, certum esse nequeat, debitum iri. quod in obligationem deductum fuit, *l. 1. §. dies incertus. l. heres meus, ff. de cond. & dem.* ac proinde non nisi existente die incerto incipiat actu vereq; deberi, *§. ex conditionali, inst. de verb. oblig. l. cedere, ff. de verbor. signif. Bart. in l. ita stipulatus, num. 41. & reliqui Dd. ff. de verb. oblig. Dd. in l. stip. ista, §. incertam, vbi etiam Cuiac. ff. d. t. ac post alios Donellus in l. cum qui Cal. §. vlt. n. 56. ff. de verb. oblig.* Non poterit igitur eodem debitor in mora constitui, cum sit iniquum, juriq; minime consentaneum, eo tempore quem incurrere moram, quo cœpit, *l. promissor Stich. §. 1. ff. de const. pec. l. quod dicimus, ff. de solut. Bart. in l. quoties in diem, n. 2. vbi cæteri Dd. ff. de verb. oblig. Bart. in d. l. ita stipul. n. 43. & 50. ff. d. t. Loriot. in lib. de mora, §. in his, vers. proinde.* Quarto per tex. *d. l. magnam, C. de contr. stip.* quo de certo demum tempore disponitur, illud in mora constituere non solventem, prout etiam *l. 2. C. de jure emphyt. & c. potuit, de locat.* non nisi de tempore certo loquuntur: Vnde consequitur, tempus sive diem incertum in mora neutiquam constituere, à contrario sensu argumento ducto, quod est in jure validum, *l. 1. vbi late Dd. ff. de off. eius.* Quintò, quia prævidere debitor nequaquam potuit, an vel quando sit extiturus dies incertus, multo minus adventum eius sibi per naturam rerum incognitum in memoriam revocare, nedum sese præparare quivit ad solvendum eo die, quod antequam existat, resciscere nequeat, an vnquam vel quando sit debiturus: cum tamen diem, cuius lapsus moram inducit, necesse sit esse talem, ut eius adventum prævidere

debi-

debitor, sibiq; in memoriam reuoca-
re, nec non ad solutionem eo die fu-
turam sese præparare potuerit, *d. l.*
magnam, d. l. 2. & d. c. potuit. Sextò,
quia cum dies incertus à futuro fluxo-
que rerum euentu dependeat, plerum-
que euenit, vt debitor aut ignoret ex-
titere diem, eaq; ratione justam cau-
sam, videlicet ignorantiam facti præ-
tendere possit, per quam à mora ex-
cusetur atque releuetur, aut rem sol-
vendam in potestate tunc temporis
non habeat, proinde nec moram in-
currat, cum vix ei culpa queat impu-
tari, qui non ante quam deberet,
curauit, vt in promtu rem haberet,
l. quod te, ff. si cer. pet. Denique tem-
pus in mora constituens siue quo ad
æstimationem attendendum, opor-
tet esse præstitutum eo fine, vt in eo
solutio fiat, *d. l. magnam, d. l. vin. l. vlt.*
ff. de cond. trit. id quod incerto diei vix
accommodari potest, quippe qui nõ
alio fine adijcitur, quam vt ipsamet
obligatio suspendatur, vsque dum is
venerit, *l. dies incertus, ff. de cond. &*
dem. §. si quis ita, instit. de verbor. oblig.
48 Porro † cum tria sint incertorum die-
rum genera, vnum quidem, cum
tam ignoratur, an sit exiturus dies,
quam quando sit venturus: alterum,
vbi constat omnino venturum esse
diem, sed ignoratur quando: tertium,
in quo non quidem latet, quando
dies sit venturus, incertum tamen
an sit exiturus: non tantum vera
est hæc sententia in primo genere, cũ
dies est omnino incertus, & vtrumq;
dubium, an & quando sit venturus,
verum etiam in altero, quo dies qui-
dem continetur omnino venturus,
nec tamen scitur, quando sit exitu-
rus, puta, si quid alicui debeatur, cum
morietur, *l. 1. §. dies, l. heres meus,*
in pr. & §. 1. ff. de cond. & dem. Vel enim
certum non est, eo die existente, debi-
tum iri, prout vsuvenit in vltima vo-
luntate, quando aut nullam, aut a-
liam, quam honorati personam con-
cernit, & dubium non est, quin idem
juris hic obtineat, quod in die o-
mnino incerto, quandoquidem dis-
positio redditur omnimodo conditi-
onalis, cum fieri possit, vt prius quam
dies existat, honoratus decedat,
d. l. heres meus, §. 1. & sic ad hæredes,
quod sibi relictum fuit, minime
transmittat, *d. l. 1. §. dies.* Vel
certum est, existente præfinito die
debitum iri, quod in contractibus
quidem indistincte accidere videtur,
in quibus siue creditor existente
die adhuc viuat, in ipsius persona vi-
res obligatio recipit, siue prius de-
cesserit, quam dies existeret, trans-
missioni ad hæredes locus est, *§. ex*
conditionali, instit. de verbor. oblig. in
vltima vero voluntate tunc demum
euenit, cum honorati persona in dies
omnino exiturus concernit, *d. l. he-*
res meus, in princip. Et mora ne hic
quidem ipso jure per diei lapsum
inducetur, *Dd. loc. supra rel.* Vt ve
enim casus noster à natura dispoti-
tionis mere conditionalis eatenus
degeneret, quod in eo vel ab initio
constet, omnino debitum iri, & ad
creditorem vel hæredem eius certo
perventurum, quicquid in obligati-
onem deductum fuit, tamen id pla-
ne nihil facit ad moram ipso jure in-
ducendam, quæ demum dependet ex
omnimoda assignati diei, de quo
constat, quod sit exiturus, & quan-
do sit venturus, certitudine, qua
fit, vt debitorem satis alioqui cer-
tum, eo die solutionem fieri oporte-
re, interpellando admoneri de sol-
vendo non sit opus, *d. l. magnam.* Hu-
jusmodi certitudo cum hic desit, vbi
pleræq; rationes modo allatæ perg-
que militant, admittatur oportet, ne
hic quidem incerti diei lapsum in mora
constituere. Quin † etsi dies incertus 49
eiusmodi sit, qualem in tertio gene-
re recensuimus, cum scilicet incer-
tum est, an sit exiturus dies, etsi con-
stet, quando exiturus esset, si ve-
niret, puta, si legetur alicui, cum
pubes erit, aut cum peruenerit ad vi-
gesimum annum, *l. si cui legetur, ff. de le-*
ga. 1. l. Seius, ff. ad Treb. l. si Titio, ff. quan-
do dies lega. nihilo magis quo ad æsti-
mationem attendendus erit, dedum

in mora constituere quenquam poterit, *vt sensere Dd. lo. rel. & in terminis tenent relati per Gabr. Romo. d. concl. 9. nu. 34. qui* magis communem *dicit, Dec. cons. 2. num. 6. Cagnol. in l. vin. nume. 47. ff. si cer. pet. M. Anton. Bauer. de mora, p. 2. nu. 4. Menoc. cons. 131. nume. 22. vol. 2.* Quãvis enim potuerit præscire debitor, quo tempore sit futurus ille dies; tamen haud quaquam scire potuit, an illo tempore sit ipse debiturus, quia fieri peræque potest, vt incertus ille dies omnino non existat: Itaque deficit hic quoque illa, quam jus exigit, certitudo, militant eædem rationes, adeoque dispositio conditionalis est, ex qua debitum iri, certum non est, prius quam conditio extiterit, *d. l. si cui, d. l. Seius, d. l. si Titio.* Vnde cum quoties in diem obligatio concipitur super his, quæ ad hæredem minime transeunt, vsu veniat, vt incertum sit, an veniente die assignato promissor quicquam sit debiturus, quandoquidem incertum, an sit eo die stipulator superstes futurus, isto casu moram diei lapsu nõ induci, rectè decidit *Bart. in l. ita stipulatus, n. 38. & 40. cum quo reliqui transeunt ibid. ff. de verb. obl. & sequitur præ cæteris Bauerius de mora p. 2. nu. 7. & 21.* quàmvis alia ratione Bart. & ipsius asseclæ moueantur, nempe, quod obligatio die demum veniente nascatur, *l. vn. §. item si, ff. quando dies vsusfr. leg. ced.* & eodem tempore obligatio moraque contrahi minime debeat, *l. promissor Stichi, §. 1. ff. de const. pec. l. quod dicimus, ff. de solut.* quæ tamen ratio deficiente ea, quam consideravimus, incertitudine, parum per sese ponderis habitura videretur, cum ideo non eodem momento temporis obligatio moraque contrahatur, quod incertus, an vel quando sit debiturus; interim sese præparare vix possit ad soluendum certo tempore, proinde simul atque nascitur obligatio, soluere nequeat, *d. l. quod dicimus, l. si quis filium, §. stip. ff. de coll. bon. §. vlt. inst. de inut. stipul.*

50 Limit. 8. cum † non in diem modo, sed & sub conditione concepta fuit obligatio, *vt in l. si ita legatum sit, Titio, ff. de cond. & dem.* Tunc enim propter appositam conditionem qua non petitio tantum, vt per diem, sed etiam obligatio differtur, dies quantumuis omnimodo certus impeditur, ne moram inducat; vel in æstimatione sit spectandus: *Bart. in l. ita stipulatus, nu. 52. ff. de verb. obl. Dec. con. 2. n. 5. Cagn. in l. vinum, n. 46. vbi Bolog. nu. 30. ff. si cer. pet.* Sed obseruandum, hîc plurimum referre, vtrum conditio existente die nondum euenerit, nec impleta fuerit, quo casu procul dubio locus erit huic limitationi, siquidem tunc temporis nondum quicquam debetur, saltem spes est debitum iri, *§. ex conditionali, inst. de verb. obl.* nec sufficit extitisse diem, sed adhuc conditio superest, quæ propter incertitudinem in mora neminem constituere potest, cujus etiamnum expectandus, est euentus. *l. si quis ita stip. ff. de verb. obl. l. fidejuss. obligari, §. stipulatione in diem, ff. de fideiuss.* An eodem tempore tam conditio extiterit, quam dies venerit, & iterum procedet isthæc limitatio, *Cag. in d. l. vin. num. 46.* Quamuis enim dies certus fuerit; & à debitore præuideri potuerit, neutiquam tamen constitit, esse futurum; vt eo die solutio fieri debeat, cum addita fuerit incerta conditio, circa quam præsciri minime potuit; an sit unquam euentura, nedum an sit eo ipso tempore, quo dies venerit, extitura, fierique tam facile potuerit, vt conditio diem ex interuallo demum subsequeretur: Quocirca firmiter hic eædem rationes militare videntur, quas limit. præcedenti circa diem incertum, adduximus. His accedit isto casu, quod dies atque conditio contrarios operentur effectus, & ille quidem moram inducat, propterq; moram ex eo quiduis æstimetur, hæc eandem impediat, nec vel secum suboriri vel existere patiatur, eoq; nec ad tempus eius æstimatio referatur; *vt not. Dd. in l. quoties in diem, & in l. ita stipulatus, maxime Bar. ff. de verb. obl.* conditionis autem in qualibet obligatione vis longe maior

quam

quam diei sit, multumq; huic illa prævaleat, *§. ex conditionali, inst. de ver. obli.* ut proinde in vtriusq; concursu, cum effectus ambo pariter existere nequeunt propter contrarietatem, caussæ potentiori cedat infirmior, hoc est, conditio diem vincat quoad effectum producendum, ne mora inducatur vel æstimationis ratio habeatur, cum præsertim alias etiam in pari caussa potior sit conditio prohibentis, *l. sed si inter, ff. de seru. vrb. l. an vnus, ff. si seru. ven. c. in re communi, de regul. jur. in 6.* & odiosa, qualis est mora, quæq; moram consequuntur, sint restringenda, *c. odia, de reg. jur. in 6.* Vnde nec obstabit, si quis ex eo, quod in obligatione simul atq; conditio extitit, interpellatio de solvendo fieri posit, per quã debitor, nisi celeri solutione satisfecerit, in mora constituatur, quodq; non minus dies, quam homo interpellet, *c. potuit, de locat.* inferre conetur, in proposito moram ipso jure per diem contrahi citra subsequentem hominis interpellationem. Etenim licet creditori, postquam extitit conditio, liberum sit, interpellare debitorem, quam primum voluerit, non tamen eodem die, quo fit interpellatio, solvere debitor cogitur, sed exacto demum tempore modico, quo sese præparare ad solvendum potuerit, in mora constituitur. *l. si quis filiũ, § stipulatio, ff. de solu. bon.* Aliter in die comparatum, qui cum interpellat, nisi eo durante solvatur, moram suo lapsu protinus inducit, ut ampl. 8. ostensum. Nil mirum ergo fuerit, interpellationem diei, moramq; inde manentem interventu conditionis concurrentis impediri, subsequentem autem hominis interpellationem admitti. Præterea hominis interpellatio demum incipit & locum habet, postquam extitit conditio, cœpitq; deberi, ut obstare nihil ei queat, quo minus in mora non solventẽ constituat. Dies autem interpellare dicitur, non tam per sese, quam ratione vigoreq; certæ denunciationis anterioris, quatenus ea ad diem, ut ad metam sive terminum dirigitur, in eoq; & complementũ recipit, atq; desinit. Eo ipso namq;, dum creditor diẽ assignat, quo sibi solvendum sit, satis debitori denunciat, ut sese præparet ad solvendũ eo die, nec vlterius solutionẽ differat, *Donell. post alios in l. si ex legati, n. 10. ff. de ver. obl.* Vnde temporis aliquod spaciũ inter obligationem natam & diem interpellantem necessario præsupponitur intercedere, quod præparationi concedatur, & quandiu durat, facultatem differendi solutionẽ largiatur. Iam vero cum in proposito propter appositã conditionẽ denunciatio nec vires obtinere, nec certa esse posit ante diem assignatum, siquidem eo demum die conditio evenit, & obligatio nascitur, vtiq; deficit illud intermediũ temp9, quo & præparatio fiat, & eius, quod actu deberi cœpit, solutio differatur, ac proinde dies, cum in eum incidit existentia conditionis, efficaciter interpellare nequit. An † vero conditio prius extiterit, postea demum ex intervallo dies venerit: quo casu, sive dies assignatus ab initio protinus fuerit certus, puta, cum promittuntur centum ad Calendas Majas, si nauis ex Asia venerit: Sive ab initio fuerit incertus, & existente demum conditione cœperit esse certus, puta, cum quis hæredem damnat, ut si navis ex Asia venerit, ex eo die intra duos menses Titio decem det, *l. si cui legetur, ff. de legat. 1.* magis est, ut istius diei lapsus moram inducat, *d. l. magnam.* & in æstimatione spectari debeat, *d. l. vin. & d. l. vlt. ff. de cond. trit.* Annexa namq; conditio cum præcesserit, & obligationem dudum produxerit, nihil est impedimento diei postea subsequenti, quo minus is quoq; debitum suo tempore sortiatur effectum. Nec vlla ratione conqueri debitor juste potest, cum nec eodem tempore fuerit obligatus & in mora constitutus, & ab eo tempore, quo debere cœpit, hoc est, quo conditio fuit impleta, non modo certa fuerit, & vires obtinuerit denunciatio per assignationem diei facta, 51

sed

sed & præparare sese debitor potuerit ad solvendum præfinito die, quem & certo exiturum, & quando sit venturus prævidit, sibiq; omnimodam in eo solvendi necessitatem incumbere probe novit. Cumq; sit in dispositione sive conventione conditionali ita comparatum, ut existente conditione perinde habeatur, ac si illo tempore, quo dispositio sive conventio concepta fuit, sine conditione facta esset, *l. potior, §. 1. ff. qui potior. in pign.* obligatione porro sine conditione in diem contracta, certum sit, diem assignatum & moram inducere, *d. l. magnam*, & quoad æstimationem esse attendendum, *d. l. vin. & d. l. ult.* necessario sequitur, in obligatione quoq; cuius conditio extitit, diem solutioni destinatum propediem venturum tam suo lapsu moram inducere, quam in æstimatione spectari oportere, *jur. præcit.* Quod si non est in proposito dubitandum, quin prius existente conditione dies, qui etiamnum superest, sit expectandus, ac peti, quod jam deberi cœpit, minime queat, *l. in illa, l. insulam, ff. de verb. obli. juncta l. cedere, ff. de verb. sign. & l. nihil peti, ff. de reg. jur.* pari ratione oportebit admittere, eundem diem simul atq; præterierit, in mora non solventem constituere, nec non in æstimatione considerandum esse, cum isthæc regulariter invicem cohæreant, diemq; solutioni destinatum consequantur, & debitor in priore illo quam maxime relevatus, in altero jure merito gravetur, *c. qui sentit, de reg. jur. in 6.* Et hæc quidem obtinent, quoties aperte ipsi dispositioni tam dies quam conditio apponitur: Secus est, quando non tam dispositioni vtraq; apponitur, quam ipsi conditioni dies inseritur; *l. in illa, l. hoc jure, l. quicquid astringenda, §. ult. l. insulam. ff. de verb. oblig.* Tunc enim etsi respectu eius, quod est in conditione, aut negative in personam debitoris, aut affirmative in personam creditoris collata, mora quæpiam sive cessatio fieri videatur, quando debitor conditionis in personam suam collatæ eventum datione factove suo ante diei lapsum, ut par erat, non impedijt, *l. cum stipulatus sim mihi, ff. de verb. oblig.* aut creditor, quod vigore conditionis ab ipso implendæ dari fierive debebat, ante diem exactum non dedit, nec fecit, *l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. oblig. l. tales, vers. sed benigna, ff. de cond. & dem.* ac proinde illo casu propter existentiam conditionis committatur obligatio simul atq; tempus conditioni assignatum præterierit, *l. veluti, §. ult. l. quicquid astr. §. ult. ff. de verb. sign.* hoc autem ob deficientem conditionem ipsa quoq; deficiat obligatio, *l. pecuniam, ff. si cer. pet.*
tamen † eius quod in conditione fuit, 52
sive conditionis aut implendæ aut impediendæ gratia dari fierive debuisset, æstimatio ad eum diem non venit referenda, cum in obligatione non sit, eoq; nec peti, nec solvi amplius possit, *l. Celsus ait, in pr. ff. de recep. arb.* Multo minus eius, quod principaliter in obligatione versatur, ad quod obligatio committitur, æstimatio ad diem conditioni appositum referri debet, vti nec in eo vel eius respectu mora vlla intelligi potest esse commissa, cum, quia dictu vel actum non fuit, ut in obligationem deductum protinus eo die, qui conditioni, non ipsi dispositioni reperitur ascriptus, solvatur, sed ideo tantum diei mentio facta, ut conditio die circumscriberetur, adeoq; denotaretur, eam ante diei lapsum existere oportere, siquidem committi debeat obligatio: tum etiam, quod eo ipso die possit etiamnum dari fierive, quod conditionis aut implendæ aut impediendæ gratia dari fierive debet, ut proinde nondum eo die commissa sit obligatio ad id, quod vigore obligationis præstandum veniet: Non potest autem eo die mora solutioni fieri, quo nondum nata sive commissa est efficax obligatio, *l. si pupillus, ff. de verbor. obli.* vti nec eodem temporis momento, quo quis incipit obligari, pariter incurrere moram potest, *Dd. in l. quoties in diem, ff. de verb. oblig.* Quocirca

non

non aliter eius respectu, quod ex obligatione commissa prǽstandum venit, morā debitor incurret, nisi postquam debere cœpit, interpellatus à creditore de solutione fuerit, *l. si ex legati, ff. de ver. obli. l. fidejussor obligari, §. vlt. ff. de fidejuss.* eoq; non ex anteriore, sed eo demum tempore, quo per interpellatum stetit, quo minus solveret, quod vigore obligationis commissæ solvendum erat, æstimationis in hoc ipso poterit haberi ratio, *l. hominem, ff. mand. si sterilis, §. cum per vend. ff. de act. em. cum simil.*

53 Quod tamen restringendum fuerit, primo, quando † sub conditione, si ante certi diei lapsum quidpiam non detur aut fiat, id quod interest creditoris, illud ante illius diei lapsum datum factumve fuisse, in obligationem nominatim deductum reperitur: hoc enim cum & incertum sit, *§. non solum, inst. de verb. oblig. l. vlt. ff. de prat. stip.* & in effectu sit nihil aliud, quam æstimatio vtilitatis, quam ex datione factove habiturus is fuisset, cui dari fierive debuisset, *l. si procurator, ff. si quis caut. l. ait lex, cum seqq. ff. ad leg. Aquil. & simil.* & constet, quoties in obligatione versatur ipsamet æstimatio, omnimodo spectandum esse, quanta fuerit tempore nascentis obligationis, *l. fundum, ff. de nouat, & l. hominem, in princ. ff. mand.* necessario colligitur, id quod interest, ad id tempus, quo nata siue commissa fuit obligatio, hoc est, ad asignati diei lapsum, esse referendum, vel eo magis, cum tunc quoq;, vbi tacite saltem venit in obligationem, ut accipit in obligationibus faciendi sine expressa conditione conceptis, *l. stipul. non diuid. §. Celsus ff. de verbor. oblig. l. si quis ab alio, ff. de re iud. cum concor.* nihilominus ex eo die, cuius ante lapsum expediri factum debuit, interesse veniat æstimandum. *l. si Calendis. ff. de re iud l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. vbi, §. is autem, ff. de eaen.* nec attendatur, etiamsi postea creditoris vel pluris vel minoris interesse cœperit, aut etiam prorsus interesse desierit, *d. l. qui autem, §. illud, & d. l. vbi, §. is autem.* Secundo restringendum, ne procedat, 46
quoties ita conditioni tempus sive dies inseritur, ut obligatio sub conditione & in diem collata intelligatur, *ut in l. si eum, §. homo, ff. si quis caut. l. in illa, ff. de ver. oblig. vtrobiq; Do.* Tunc enim si contingat ante diem existere conditionem, verisimilius esse videtur, postmodum per diei lapsum ipso jure citra vlteriorē interpellationem induci moram, eiusq; rei, quæ principaliter in obligatione versatur, æstimationem ad eundem diem, nisi temporis progressu pluris fuerit, referri oportere, prout etiam sensisse videntur *Dd. in d. l. in illa, & in d. §. homo.* Tum per tex. *d. §. homo, & d. l. in illa,* quibus cum aperte statuatur, istius modi obligationem esse collatam in diem: huius autem ea sit natura, vt & in æstimatione rei in obligationem deductæ sit attendendus, & in mora constituat, nisi præpediatur per conditionem adhuc pendentem, vel cum diei lapsu demum existentem: consequens omnino fuerit, in proposito ante diem existente conditione, lapsu diei postea moram contrahi, & ab eo tempore æstimationis rei siue pœnæ debitæ rationem esse habendam. Tum, quin tali casu dies utcunq; verbis inseratur conditioni, sententia tamen disponentis sive contrahentium pariter etiam solutioni pœnæ sive rei in obligationem deductæ præstituitur, ut ostendit post alios *Donell. in d. l. in illa, n. 3.* Quoties autem actum intelligitur, vt ad certum diem rei ex obligatione debitæ solutio fiat, spectandum, quanti res eo die fuerit, *d. l. vin.* Tum, quia debitor per talem diei appositionem releuatur in eo, ne posit ab ipso pœna siue res in obligationem deducta peti anti diem, quantumuis ad conditionem commissa fuerit obligatio, *d. l. in illa, d. §. homo,* ut proinde non immerito vicissim in alio grauetur, dum in mora dies eum constituit, & attenditur contra ipsum quo ad æstimationem, *arg. c. qui sentit, de reg. iur. in 6.* cum præsertim regulare sit, ut dies ille, cuius ante lapsum peti ne-

quit, moram inducat, & in æstimatione spectari debeat, *l. nihil pets, ff. de regul. jur. juncta l. magnam, C. de contr. stipul. l. vin. ff. si cert. pet.* Tum deniq; per easdem quoq; rationes, quibus paulo ante in tertio limitationis huius casu, cui maxime conformis est hic noster, vsi sumus. Multo magis idem juris esse videtur in eo die, qui conditioni ita inseritur, ut ex verbis ipsis non obscure constet, disponentem sive contrahentes solutionem eius, quod in obligatione versatur, ad eundem diem fieri voluisse: tunc enim verba ipsa plus satis ostendunt, diem non conditioni solum, sed toti obligationi fuisse appositum, ut in eo solvatur etiã pecunia sive res, ad quam per existentiam conditionis obligatio committitur, nec ante quicquam, etiã conditio extiterit, exigi possit, *tex. in l. si hu, 4. §. si ita, & ibi Dd. ff. de cond. & dem. Dd. in d. l. in illa.*

54 Limit. 9. Cum quid jure actionis peti nequit, officio saltem judicis adjudicandum venit, dies non interpellat, nec in eiusdem æstimatione spectandus est, *Ruin. consil. 18. Gabr. Rom. lib. 3. t. de solut. d. concl. 9. num. 30.* Quisquis enim nondum est efficaciter astrictus necessitate rei alicuius præstandæ, is lapsu diei nequit in mora constitui, multo minus ad æstimationem quanti plurimi teneri potest: Mora namq; præsupponit præstandi necessitatem, *l. quod te, ff. si cert. pet.* Quo fit, ut dies tum demum tales effectus gignere valeat, quando impoſita fuit alicui necessitas eodem die solvendi sive præstandi, ut clare liquet ex *d. l. magnam, & l. 2. C. de jure emphyt. junc. l. vin. ibi, quo tempore redderetur, ff. si cert. pet. & l. vlt. ibi, quo dari debuit, ff. de cond. tri.* Et vero nec incumbere, nec impoſita esse potest talis aliqua necessitas, contra quem nondum fuit imploratum judicis officium: Nec enim lex impoſuit ei necessitatem, quia suppeteret ordinarium ex lege remedium, nec opus esset imploratione officij judicis, *l. vn. ff. de cond. ex leg. juncta l. obligamur, §. lege, ff. de act. & oblig.* non illius, cui successit, cuiusve præstare factum tenetur, contractus aut dispositio valida: siquidem hinc etiam ad versus successorem actio resultaret, *l. heredem, l. ex qua persona, ff. de regul. jur.* eademq; de caussa multo minus contractus ipsius, quo sibi necessitatem impoſuerit, intervenire potuit. Restat igitur, ut injungatur illa necessitas solo judicis officio, ac proinde per diei lapsum, quem judiciarius actus haud præcedit, mora contrahi nulla, nec ex eo tempore æstimationis ratio haberi possit. Deinde mora prærequirit obligationem de jure firmam & efficacem, *l. si pupillus, ff. de verb. oblig.* Judicis autem officio deberi solet id modo, quod in obligatione non est, *l. qui per collusionem, ff. de act. emt. l. quæro, ff. loca. l. Quintus, ff. de ann. leg.* nec pars exigere potest ipso jure, *l. 4. C. depos.* quippe destituta juris illo vinculo, quo alter ei sit astrictus ad solvendum, *§. 1. inst. de oblig.* Sed humiliter opem judicis implorare cogitur, ut id cuius ipsa jus exigendi non habet, saltem beneficio judicis ex officio succurrentis, atq; solutionem fieri præcipientis consequatur, *l. 1. ff. de extraor. cogn.* Qui posset ergo fieri, ut in his, quę debentur officio judicis, lapsu diei judicium præcedentis æque mora contrahatur, sicut in his, quæ ex obligatione proficiscuntur, jureq; actionis debentur. Præterea si mora lapsu diei judiciũ antecedentis committeretur, effectus prius existeret, quam caussa. Debitum namq;, circa quod contraheretur mora, dependet ab officio judicis, qui ante acceptum in caussa judicium, nondum judex eius caussæ factus, eoq; officium super caussa nondum in judicium deducta, nullum ei competere potest, *l. ædiles, §. item sciend. ff. de ædil. edic.* Consequens est absurdum: igitur & antecedens. Quibus accedit, quod quæ debentur officio judicis, plerumq; sint indeterminata, & arbitrio judicis comissa, ut antequã ad judicem perveniatur, scire debitor vix possit, quantum sit solvendũ, *l. 1. maxime in §. in honorarys, ff. de ex-*

de extraor. cogn. Cui vero de quantitate debiti nondum constat, is in mora per diei lapsum constitui vix potest, *d. l. magnam, C. de contr. stip. l. non potest videri, ff. de regu. jur.* cum propter ignorantiam, circa debiti quantitatem juste ad judicium provocare videatur, *l. si quis solutioni, ff. de usur.* Denique probatur ex eo, quod moram in his quæ officio judicis debentur; non ante committi posse quam ad judiciarium actum sit perventum, communiter interpretes nostri statuunt, teste præ cæteris *Bologn. in d. l. vin. nu. 47.*
55 qui tamen † in proposito contrarium tenere videtur, motus per tex. *l. in fi. ae commissi, in pr. ff. de usur.* ubi lapsus legitimi temporis, quod condemnatis præstatur, in mora constituere videtur, cum tamen executio sententiæ fiat per officium judicis, *l. 4. & ibi not. ff. de re jud.* Sed nihil eo proficit, cum, quod ex re judicata competat etiam actio judicati, nec solo judicis officio debeatur, quod ex ea præstandum venit, *d. l. 4. ff. de re jud.* tum etiam, quod præcedat ibi judicium siue sententia judicis, qua reus condemnatus fuit ad id ipsum, cuius respectu mora lapsu legitimi temporis contrahitur. Vnde firma tum quoque nasci solet obligatio. cum ante quam ad judicem perveniretur, efficax aliqua non suberat obligatio, *l. obligamur, §. jure, ff. de act. & obl.* Quod igitur ostendimus, diem solutioni eius, quod officio saltem judicis debetur, præstitutum, non interpellare, nec in æstimatione attendendum esse, saltem in eo procedit, qui nec à lege, nec judice fuit assignatus, adeoq; judicium siue caussæ cognitionem super eo, quod soluendum judex decerneret, antecedit, perinde vt his, quæ jure obligationis debentur, dies lites contestatam præcedere solet: Aliud est, quando post imploratum judicis officium, caussamq; in judicium deductam sive cognitam judex terminum reo præstituit ad soluendum, vel ipsa lex tempus condemnatis indulget, intra quod satisfaciat: tunc n. nemo dubitat, quin propter subsistentem obligationem reus eo ipso moram contrahat, quod præcepto judicis aut legis non obtemperat, nec intra debitum tempus satisfacit, *per d. l. in fi. et c. ff. de usur. & l. obligamur, §. jure, ff. de act. & obl.*

Limit. 10. in † probabiliter ignorante, sese debere, vel ad certum diem solutionem fieri oportere, quem nec in mora per diei lapsum constitui, nec ad æstimationem, quanti plurimi ex eo die fuit, teneri censuerunt *Bart. consil. 230. Ias. in l. vinum, nu. 10. ubi Loriot. n. 13. Alciat. n. 48. ff. si cer. pet. Lorio. in libello de mora, §. in his casib. vers. proinde. Socin. cons. 107. vol. 1. Berous quæst. 73. Gab. Roma. a. concl. 9. n. 25. idem q. sensit quoad moram Donell. in l. ad diem. nu. 2. & 5. ff. de ver. obl.* Vt enim in mora quis constituatur, cumprimis exigitur, vt subsit aliqua justa caussa, propter quam intelligere deberet, se dare oportere, *l. quod te, ff. si cer. pet.* quam etsi non desint. qui ad moram interpellatione contractam restringere nitantur. *Cagn. ibid. nu. 53. Donell. n. 9.* tamen admitti non potest istiusmodi restrictio, quod & juris autoritate destituatur, & *d. l.* vnumquemq; complectatur. per quem steterit, quo minus daret: Quoties autem probabiliter ignorat debitor, an vel quando soluere teneatur, justa subesse caussa nequit, propter quam intelligere deberet, sese dare certo præsertim die oportere: Facti namq; probabilis ignorantia, (crassam enim, supinam vel affectatam excludimus, *l. regula, §. sed facti, ff. de juris & fact. ign.* justam suppeditat caussam opinandi siue credendi, se nihil eo die dare oportere, *l. qui in alterius, ubi gl. & Dd. ff. de reg. jur. c. cum quis, ubi Dyn. & reliqui, d. t. in 6.* nec officit ignoranti, potius multũ ei prodest, *l. juris l. regula, & t. t. ff. de jur. & fac. ign.* & à mora etiam huiusmodi ignorantiam relevare, tradunt generaliter interpretes *in d. l. quod te, ubi post alios Bologn. n. 26. & 81.* Deinde nisi diem, quo sit soluendum, prævidere, & ad solutionem sese præparare debitor potuerit, in mora diei lapsu minime

constituitur, *ut colligere licet ex l. magnam, C. de contr. stipul. & l. 2. C. de jure emph.* Certum vero, quod ignorans diem, quo sit soluendum, minime preuidere, eoque nec præparare sese potuerit, vt in eo solueret: Itaque lapsus illius ipsum in mora neutiquam constituet, nedum ad æstimationem quanti plurimi ex eo tempore præstandam astringet. Adde quod in mora dies ita demum constituat, cum pro homine interpellat, *tex. in c. potuit, de loca.* Quisquis enim non interpellatur vel ab homine vel a die, per eum stetisse non videtur, quo minus daret, eoque mora minime per illum committitur, *l. Titia textores, §. vlt. ff. de lega. 1. l. 1, §. non exigit, ff. vt in poss. legat. l. is qui, ff. de act. & obl.* Non potest autem interpellare dies, quam diu debitor probabiliter ignorat, eum esse solutioni destinatum, siquidem interpellatio cumprimis exigit, importat & inducit in eo qui interpellatur notitiam, cum ipsius debiti, tum temporis quo soluendum sit, quæ cum desit, vbi subest ignorantia probabilis, vt consequentis etiam interpellatio desit oportet. Præterea licet ab initio per assignationē diei tacite videatur denunciatum, ne differatur vltra diem solutio, tamen denunciatio propter interuenientem debitoris ignorantiam justam nec effectum sortiri, nec alicuius esse momenti potest, cum non alio fine fiat ea, quam vt scire debitor possit, ad eum diem solutionem fieri, nec vlterius differri oportere, ac propterea in mora constituatur, quod id ipsum vigore præviæ denunciationis sciat, sibique in memoriam revocare possit, quorum quidem vtrumque in proposito probabilis prorsus impedit ignorantia. Constat autem vtiliter ab initio gestum infirmari & evanescere, si ad eum casum, a quo nō poterat inchoari, prius deuenerit, quam perfectum siue rite consumatum vel ad effectum fuerit perductum, *l. pro parte, ff. de seruit. l. existimo, l. si sub vna, §. vlt. l. plurib. §. ctsi placeat, vbi post alios Donell. nu. 8 ff. de ver. obl. Dyn. & cæteri in c. factum, de regul. jur. in 6.* Quibus accedit, quod vel absurdum, vel iniquum videatur, diem præterire prius & in mora constituere, quam possit imputari quicquam ei qui soluere debuit, *l. si in diem, ff. de cond. & dem. l. 2. §. si quis heredi, ff. de statu lib. c. imputari, de reg. jur. in 6.* prout in rei veritate nihil esse videtur, quod probabiliter ignoranti, diem esse solutioni destinatum, imputari juste queat, siquidem ignorantia vel prudentissimos fallit, *l. 2. ff. de jur. & fac. ign.* eoq; tempus rei gerendæ vel præstandæ præstitutum de jure inhibet, *l. 1. §. si aduersus, ff. quando app.* Cumq; mora proprie non committatur absq; culpa, *l. sitendum, l. mora, ff. de vsur. l. Titia textores, §. vlt. ff. de lega. 1. l. is qui, ff. de act. & obl. l. cum filiusf. §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl. Ali. post alios in d. l. quod te, nu. 31. ubi Bologn. num. 78. vers. quinto facit, ac præ cæteris Donell. num. 3.* probabiliter autem ignorans diem solutioni destinatum, expers culpæ sit, *c. ignorantia, de regu. jur. in 6.* vtiq; diei lapsu vix poterit in mora constitui, proinde nec ex eo die teneri ad æstimationē quanti plurimi, *fac. d. c. imputari, de regul. jur in 6.* Deniq; cum sit extra controversiam, per ignorantiam, si justa sit, impediri moram, quæ per hominis interpellationem alioqui contrahitur, vt statuunt omnes *in d. l. quod te.* nec ratio diversitatis in proposito reddi possit, inter hominis interpellationem & diei lapsum, quippe saltem in eo desidentes, quod illic expressa fiat interpellatio, & quidem eo tempore, quo solui debet, hic vero tacita saltem interveniat dependens a denunciatione protinus in obligationis initio facta, certe vel hinc obligare licet, idem in diei lapsu, quod in hominis interpellatione, ignorantiam operari, *arg. l. à Titio ff. de ver. obli.* Nam quod nonnullis videri posset, fortiorem esse diei, quam hominis interpellationem, quatenus illa protinus, hæc nō nisi expectato modico tēpore morā inducit, nihil

nihil ad rem facit, cum id eam ob caussam accidat, quod hominis interpellationem debitor non ita præscire potuerit, quando futura sit, ut interpellationem diei. Quin potius asserendum videbatur, quo frequentior & probabilior ignorantia cadit in obligationem in diem propter intervallum medij temporis inter denunciationem assignatione diei factam, & ipsius diei adventum, quo multa incidere possunt ac solent, quæ debitorem excutent, eiusq; caussam relevent, eo magis ignorantiam obstare, ne diei lapsu mora contrahatur, *arg. l. in actionib. in pr. ff. de in lit. jur. l. nec in ea, §. sed qui, ff. ad leg. Iul. de adul. l. non debet cui, vbi Dec. & alij, ff. de regul. jur. auth. multo magis, C. de sacros. Eccles. fac. not. per Euerb. in loc. à mai.*

57 Contrarium † vero in hærede, quantumvis ignorante, quod ipso jure per diei lapsum in mora constituatur, licet restitutione in integrum juuetur, censuerunt *Dec. in d. l. vin. nu. 10. vbi Purp. & Bolognet. nu. 30. ff. si cert. pet. Cagnol. in d. l. quod te, num. 33. 34. ff. d. t. Natta consil. 226. n. 4. tom. 1.* moti per *l. cum filiusf. §. in hac, & l. ad diem, ff. de verb. obli.* Sed recte Donellus in ijsdem legibus admonet, pœnam vtrobiq; promissam esse, non propter moram, sed sub conditione, committiq; stipulationem non ob moram, quæ propter ignorantiam fieri minime potuit, sed propter conditionem, cuius existentiam ignorantia vel maxime probabilis impedire nequiuit, cum semel exacto tempore, intra quod dari sub pœna debuit, nec datum est, semper verum sit, intra tempus non datum esse, sive sciens sive ignorans non dederit, *l. Celsus, in pr. ff. de recep. arb.* nec tam quid ex bono & æquo forte statuendum foret, quam quid manifestis contrahentium verbis cautum sit, in contractu juris spectetur, *l. quicquid astr. ff. de verb. oblig.* Non igitur eæ leges arguunt, moram esse diei lapsu contractam, cum etiam sine debitoris frustratione verum esse possit, intra diem non esse datum, eoq; conditionem existere, multumq; interesse, in solutione tantum vel in conditione quidpiam sit, ut quod sub pœna dandum est, an in ipsa obligatione, ut id, pro quo, si debito tempore non solvatur, æstimatio judicis officio præstanda venit, cum illic non nisi quæ sit quantitas, quæq; conditio stipulationis, attendatur, *l. stipul. ista, §. alteri, ff. de verb. oblig.* hic vero principaliter ipsius rei in obligationem deductæ præstatio vrgeatur, *l. vbi autem, §. vlt. ff. de verb. oblig.* secundariò demum propter moram habeatur æstimationis ratio, *l. 3. §. si per vend. l. si sterilis, §. cum per vend. ff. de act. emt.* Coeterum † etsi diei lapsus, ut ostensum 58 fuit, probabiliter ignorantem in mora minime constituat, tamen vbi debitor postea certo resciuit, illo se die solvere debuisse, nisi quamprimum solutio fieri potuerit, solverit, ex eo tempore moram etiam non interpellatus incurret, nec non æstimationem quanti plurimi tenebitur, *Ias. in d. l. vin. n. 10. Loriot. in libel. de mora, §. in his casib. vers. proinde*, nec id quidem absq; evidenti ratione, siquidem cessante caussa, propter quam contrahi mora nequit, cessare quoq; solet ac debet effectus, *c. cum cessante, de appell.* nec impedimentum, quod per ignorantiam objicitur, diutius obstare potest, quam duret, diesq; solutioni præfinitus non tunc solum vires exerit, cum labitur, verum eo vsq; potius, donec satisfiat, *l. Celsus, ff. de recep. arb.* Et quorsum opus interpellatione, qua creditor solutionem expetat, suumq; debitorem admoneat, cum protinus ab initio per assignationem diei denunciarit, ne vltra diem solutio differretur, certoq; post diem resciuerit debitor, fieri solutionem dudum debuisse, ut eum à creditore per interpellationem de novo certiorem fieri nullatenus oportuerit, *c. eum qui, de reg. jur. in 6.* Huc deniq; faciunt *l. ratum, ff. de solut. l. quo enim, §. Iulianus, ff. rem rat. hab.* in quibus etsi dominus propter ignorantiam relevetur, ne solutio procuratori citra mandatum

eius facta protinus ab initio sit prorsus inualida, sed validitas eius suspendatur, tamen vbi desijt ignorare, desinit etiam ipsa esse in pendenti, nec expectatur, donec dominus a soluente uel procuratore fuerit interpellatus siue requisitus de ratificatione, sed cum primum factum esse solutionem dominus resciuit, etiam non requisitus ratificare solutionem tenetur, si viribus eam subsistere velit, alioqui extinguitur ipsa, nec ratificatione serius interposita reconvalescit. Multo minus igitur in obligatione in diem, cuius ab initio tacite denunciatum intelligitur, is qui desijt ignorare, nec soluit, à mora videtur excusari posse, aut eo quicquam iuuari, quod a creditore non fuerit interpellatus, *jur. præcit.*

59 Limit. 11. Si tempus solutioni destinatum nimis breve, eamq; sit angustum, ut ante lapsum eius à debitore fieri solutio minime posst: ex eo namq; non debet æstimari, quod debetur, cum nec lapsus eius in mora constituat, *ut censuit gl. in l. si mihi & tibi, §. si quis seruos, ubi Bart. n. 2. Bald. n. 4. Castr. nu. 3. Ioan. de Imol. n. 2. Aret. num. 2. Alex. nu. 3. Ias. nu. 6. ff. de lega. 1. Bart. in l. insulam, §. 1. vbi Bald. & Castr. num. 2. ff. locat. Bart. in l. continuus §. illud. vbi Angel. Ioa. de Imo. n. 13. Aret. nu. 14. Zas. n. 6. Alciat. & Duar. ff. de verb. oblig. Dd. in §. loca, ubi post alios Nonius. num. 6. inst. d. t. Bald. in c. domino guerram, §. adhæc, nu. 4. hic finitur lex Alexan. in l. quoties in diem, nu. 3. ff. de verb. obli. Iason in l. si ex legati, nu. 13. ff. a. t. Cagnol. in l. in omnib. nu. 5. ubi Loriotus, ff. de reg. jur. Lud. Rom. cons. 348. Corn. cons. 28. vol. 1. M. Ant. Bauer. de mora, p. 2. nu. 2. dicens Dd.* communiter *ita per transire, in d. §. si quis seruos, Ioan. Robert. lib. 1. sententiar. jur. c. 15. Gabr. Rom. lib. 3. t. de solut. concl. 9. nu. 23. Petr. Gregor in synt. juris, lib. 21. c. 14. nu. 9. Catheran. decis. 71. nu. 44. Tessaurus decis. 212. nu. 4.* Quorum sententia non tantum evidenti ratione juris probari videtur, quia culpa, sine qua mora non committitur, imputari nulla debitori potest, qui temporis angustia fuit impeditus, *l. 2. §. si quis, ff. si quis caut. jun. l. 1. impossibilium, ff. de regul. jur.* ut per eum nullatenus intelligatur esse factum, quo minus intra tempus illud solveret, cuius ante lapsum solvi minime potuit, *l. quod te, ff. si cert. pet. l. Titia textores, §. vlt. ff. de lega. 1.* verum etiam textu *a. l. si mihi & tibi, § si quis seruos, ff. de lega. 1.* perhibente angustias temporis assignati legato præstando nihil nocere: textuq; *l. insulam, § 1. ff. loca.* vbi contractui nimis angustum tempus, quod operis effectioni præstitutum fuerat, subtrahitur, & eatenus obligatio contrahitur, quatenus vir bonus de spacio temporis æstimasset. Quod si tantum spacium debitori permittitur ad solvendum sive satisfaciendum, quantum sufficere vir bonus arbitraturus esset, idq; tempore per dispositionem sive conventionem assignato, quippe nimis brevi prolixius est, lapsus illius angusti temporis moram inducere nullam poterit, *l. cum stipul. sim mihi, & ibi not. per Dd. ff. de verb. oblig.* Verum † textui 60 *d. l. si mihi, §. si quis seruos,* & inprimis *d. l. insulam, §. 1.* & consequenter huic limitationi non parum adversari videtur *l. non utiq., §. qui ita stipulatur, vers. quare verum, ff. de eo quod cert. loc. §. loca, vers. & ideo, instit. de verb. oblig.* Cuius quidem difficultatis evitandæ gratia, Dd. præcipue locis modò relatis, eam crebriùs amplexi fuere sententiam, qua distinguitur inter vltimas voluntates & contractus, ut illis quidem angustia temporis nequaquam noceat, *d. §. si quis seruos,* in his subdistinguatur inter contractus bonæ fidei, quibus iterum non obsit angustia temporis, per *d. l. insulam, §. 1.* de locatione bonæ fidei contractu agentem, & contractus stricti juris, qui adjectione diei, cuius angustia præstationem reddit impossibilem, vitientur, *per d. §. qui ita stipulatur, & d. §. loca,* qui de stipulatione contractu stricti juris loquuntur. Etsi † vero *Joan. de Imol. & Aret. in d. l. continuus, §. inter, & Donell. in l. vlt. §. si inter, ff. de verb. obli.* cum cœteris idem sentiant, 61

ant, quantum attinet legata & fideicommissa, differentiam tamen inter contractus bonæ fidei & stricti juris nullatenus admittunt, verius existimantes, appositione diei nimis angusti tam illos quam hos vitiari, cum non minus assignatione conditionis impossibilis bonæ fidei contractus, quam stricti juris vitientur. *l. non solum, ff. de act. & oblig.* nec obstare *d. l. insulam, §. 1.* cum secundum *Ioan. de Imol. & Aretin.* contrahentibus illic minime constiterit, opus intra tempus præfinitum effici non posse, quandoquidem ICtus ipse subiungit pro ratione, apparere id actum esse, ut eo spacio absolveretur, sine quo fieri nō posset: secundum Donellum vero præcesserit illic operis efficiendi locatio, cui subijciatur dictum sive conventum fuisse, de tempore operis absolvendi, ut proinde duæ fuerint in locatione conventiones, vna, ut insula ædificaretur, altera, ut intra certum tempus, quarum quidem hæc posterior, ut impossibilis, propter angustiam temporis sit invtilis, prior illa remaneat hac sublata. *l. 1. §. sed et si, ff. de verb. oblig.* Sed non est eadem assignati temporis, quæ conditionis ratio, siquidem conditionem in forma specifica impleri necesse est, eaq; propter impossibilitatem necessario deficiente, non tantum ortus obligationis omnino impeditur, sed & vsq; adeo contractus evanescit, ut perinde sit, ac si nunquam fuisset initus: proinde contractus quoq; bonæ fidei pro nō initis habeantur oportet, quoties in eventum eiusmodi cōditionis, quæ nequit existere, consensu partis vtriusq; suspenditur obligatio, super qua, cum nec sit nata, nec vnquam extitura, judex quid & quatenus ex bono & æquo præstandum sit, æstimare nec potest, nec debet. Aliter in tempore comparatum, quod nec debitor tam præcise tenetur obseruare, potius id libitu suo anticipare sive antevertere solvendo potest, nec vllatenus ortum obligationis suspendit, multo minus efficere potis est, ut contractus pro non initis habeantur: quo fit, ut in contractibus quidem bonæ fidei, si tempus esse nimis angustum deprehendatur, judex cui libera potestas in eis permittitur ex bono & æquo æstimandi, quatenus & quantum præstari debeat, *§. in bonæ fidei, inst. de act.* tantum temporis indulgere valeat, intra quod dari fierive posse vir bonus arbitraretur, *d. l. insulam, §. 1.* cum præsertim semper in bonæ fidei contractibus alter alteri obligetur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, *§. vltim. instit. de oblig. ex consen.* at in contractibus stricti juris idem fieri nequeat, cum in eis judici potestas libera ex bono & æquo judicandi minime competat, sed verbis conventionis & apertæ dispositioni strictæ sit inhærendum, *l. quia tantundem, ff. de neg. gest.* quodq; palam non est expressum, omissum censeri debeat, *l. quicquid astring. ff. de verb. oblig.* Præterea videtur esse absurda divinatio, qua textu, *d. l. insulam, §. 1.* Ioan. ab Imol. & Aret. eludere conantur, quantumvis eandem huic ipsi textui Robertus affingat *lib. 1. sent. jur. c. 15.* Eum namq; qui conducit opus, efficiendum, ut artem callere oportet, qua instructus opus efficere valeat, ita latere minime potest tempus effectioni necessarium. Qua fronte igitur, quove jure longius tempus desiderare potest, qui scienter in eum diem promisit, intra quem opus effici nullatenꝰ posse probe nouit? Finge tamen, eum tam rudē fuisse, ut ante lapsum eius diei opus effici posse opinaretur, quod non nisi longiore tempore perfici potest, nunquid ipsius tam crassa ignorantia obesse debebit aut poterit locatori, cuius plurimū interest, eo die opus, ut promissum est, effectū esse, quiq; si nouisset, effici præfinito tempore nō posse, vix fuisset locaturus? Certe nō minus bona fides exiget, ut ab imperito cōductore locatori interesse tali casu refundatur, quam si quod aliud damnū ex imperitia artificis ei contigisset, *per l. item quæritur, §. si gemma, ff. locat.*

vel eo magis, cum in contractu lo-
cationis quis ob leuem quoq; culpam
teneatur, *l. contractus, vbi Do. ff. de reg.
jur.* Nec diuinationi quicquam pa-
trocinatur subjecta Labeonis ratio :
Non enim ex eo, quod contrahentes
certum diem præstituerunt, appare-
id actum esse, quod Labeo ait, cum
si diem intueamur, potius contrari-
um videatur actum : multo minus ex
eo, quod præfinitum effectioni suf-
ficere tempus crediderint, cum nec
in præfinitione temporis eos opinio-
nis errore lapsos fuisse ICtus prodi-
derit, nec in conductorem operis
ignorantia tam supina facile cadere,
nedum à præstatione eius, quod in-
terest alterius, eundem liberare potu-
erit, *d. §. si gemma.* Restat igitur, ut
inde appareat actum esse quod La-
beo memorat, quia semper in bonæ
fidei contractu, qualis est locatio, id
agitur, ut alter alteri obligetur in id,
quod alterum alteri ex bono & æquo
præstare oportet. Quo fit, ut contra-
hentes non tam præcise tempus, licet
verbis expressum, quod nimis angu-
stum esse depræhenditur, observan-
dum præstituisse, quam quod æquum
& bonum est, quodq; bona fides in
huiusmodi contractu cumprimis ex-
igit, omnimodo respexisse, ac per
consequens id egisse, eius intentionis
atq; voluntatis fuisse censeantur, ut
opus eo spacio absolveretur, sine quo
fieri non posset, sive quod vir bonus
effectioni æstimaret esse necessarium.
Quam vero Donellus comminiscitur
responsionem ad *d. §. 1.* ea vel maxi-
me ICti verbis, quæ ponderat, ever-
titur. Namq; eo ipso, quod ait La-
beo, in operis locatione dictum esse,
ante quam diem effici deberet, ma-
nifeste patet, diem ante quem effici
deberet, non alia peculiari conven-
tione fuisse adjectum, sed in ipsa ope-
ris locatione dictum sive assignatũ:
Nec imaginandum sive divinandum
fuerit, contrahentes pluribus con-
ventionibus peregisse, vel peragere
voluisse, quod vna expedire commo-
dissime poterant, quamq; in diem
contrahere voluerint operis locatio-
nem, pure primum inijsse, postea de-
mum nova conventione diem adje-
cisse. Quis autem credat, ICtum, si
propterea, quam Donellus excogi-
tavit, rationem angustia temporis
locationi, de qua disceptabatur, non
oberat, non eandem fuisse assigna-
turum, sed aliam ab hac quam maxi-
me diversam, & quidem obscuriorem
adducere voluisse. Quod si maxime
largiamur, plures intervenisse con-
ventiones, vnam, qua fuerit opus lo-
catum, alteram, qua dies operis effe-
ctioni præfinitus : attamen cum hæc,
quippe incontinenti facta illi ut pars
toti nihilominus inesse dignoscatur,
ita quidem, ut sine hac ne illa quidem
fuisset inita, prout erudite comprobat
Donell. ipse *in l. in bonæ fidei, nu. 8. & 9.
C. de pact.* adeoq; perinde sit, ac si vna
eademq; conventione obligatio in
diem concepta fuisset, *l. lecta, v. rs. per-
inde, ff. si cert. pet.* vtiq; pluralitas illa
conventionum nullatenus esse cau-
sa posset, propter quam tempus ni-
mis angustum salva nihilominus obli-
gatione remanente tolli possit. Ali-
ud † hac in parte *Ioanni Roberto* visum, 62
qui *d. c. 15.* distinctionem communi
calculo approbatam vti commenti-
tiam, nec lege nec ratione legis sub-
nixam, potius ab ea quam maxime
discrepantem in totum rejicit, pro-
miscue statuens, angustia temporis
appositi vitiari nõ modo contractum
tam bonæ fidei, quam stricti juris, *d.
§. qui ita stip. & d. §. loca.* verum etiam
voluntatis vltimæ dispositionem,
cum testatorum quoq; dispositiones,
si aliter, quam per conditionis mo-
dum impossibile quid contineant, eo
vitientur, *l. vn. C. de his quæ pæ. nom. rel.
& §. vlt. inst. de lega.* & in *d. §. si quis ser-
uos* angustiæ temporis propterea le-
gato nil noceant, quod testator igna-
rus forte distantiæ locorum, aut cre-
dens tam cito sese vita non excessu-
rum, existimarit, seruos quos Gadib.
haberet, triduo post mortem suam
Romæ præstari posse. Cui suffragari
videtur *l. cum heres, §. 1. ff. de statulib.*
quan-

quanquam ab eo non adducatur, qua Paulus negat eum esse statu liberum, cui libertas in tam longũ tempus differtur, vt eo tempore is qui manumissus est, viuere non possit. Vt enim longitudine temporis nimia datio libertatis testamento facta redditur inutilis, ita propter angustiam temporis etiam dispositio testamentaria debebit infirmari. *l. 1. in pr. ff. de inst. act. l. si manumissa, § quoties, ff. mand. l. secund. naturam, & ibi not. per Doct. n. 5. ff. de reg. jur. c. qui sentit, vbi Dyn. d. t. in 6. & not. Dd. ad rub. ff. de acquir. poss.* Sed nec assertio Roberti tuta est. Nec enim quicquam juvatur textu *d. l. vn. & d. §. vlt.* cum neutro loco de dispositionib. aliter quam per conditionis modum impossibile quid dari fieriue, continentibus agatur, sed de pœnæ nomine legatis, ademptis vel translatis, quæ conditionem implicare, siue sub ea concipi, si scilicet ab honorato fiat, quod testator vetuit, aut non fiat, quod jussit, cum ex natura pœnæ, tum etiam ex *§. pœne quoq. inst. de lega. & §. pœnæ caussa, t. de lega. infragm. Vlp.* apertissime constat: vt proinde allegata jura Roberti sententiæ longe magis, quam communi aduersentur. Nam quod in *l. 2. ff. de his quæ pæ. cauf. relinq.* Martianus ait, pœnam à conditione testatoris volun tate separari, eo nequaquam negare voluit, nec potuit, quæ pœnæ nomine relinquuntur, citra vllã conditionem relinqui, sed id monere solum, non illico dispositionem pœnæ nomine factam censeri debere, cum testator in euentum, si quod honorato præcepit, ab eo non fiat, quidpiam relinquit, sed in tuendam esse cumprimis intentionem testatoris, quæ si quidem ea fuerit, vt in illum euentum non tam coerceret prius honoratum, quam principaliter alteri, cui reliquit, prodesset, dispositio neutiquam pro pœnali, sed simpliciter conditionali sit habenda: Sin è diuerso reliquerit in euentum illum, non tam vt alteri prodesset, quam vt honoratum præcepto suo contravenientem coerceret atque puniret; tum demum pœnæ nomine relinquisse censeatur, prout egregie præ cæteris notant *Cuiac. ad Afric. tract. 5. in l. 1. ff. de his quæ pæ. cauf. rel. Donell. lib. 8. com. de jure ciuil. c. 16. versic. pœnæ autem.* Quin etiã de dispositionibus prorsus expertibus conditionis ageretur *in d. §. vlt. & d. l. vn.* tamen cum jus illic plane nouum recenseatur, quo Iustinianus constituit, vt dispositiones, quæ pœnæ nomine inutiliter antea fiebant, inposterum valeant, nisi quid impossibile, probrosum, aut illicitum præcipiant, nulla ratione colligere licebit inde, jure tam veteri quam nouo regulam esse, vitiari dispositionem vltimæ volũtatis, si aliter, quam per conditionis modum impossibile quid dari fieriue contineant: Potius, quia regulariter id jure verum non est, necesse fuit, vt impossibile præceptum nominatim exciperetur, ne pro non adiecto haberetur, pœnalisque dispositio rata maneret. Adde quod pœnæ nomine relictum, quoties impossibile præceptum continet, valere propterea nequeat, quia Iustinianæa constitutio tali casu jus vetus, quo pœnæ nomine relicta erant inualida, non immutavit, sed in pristino vigore incorrectum reliquit, *d. l. vn. & d. §. vlt.* Quæ ratio cum in reliquis legatis fideique commissis omnino cesset, nulla juris exigit necessitas, vt propter impossibilis insertionem vitientur & inualida sint. Adde quod præceptum illud, cui pœna subijcitur, non minus præuiam dispositionem, qua quis hæres institutus, legatum seu fideicommissum relictum est, quam pœnam annexam respicit atq; concernit: neq; tamen eam dispositionẽ impossibile præceptum vllatenus vitiat, sed annexam solummodo pœnã, quippe odiosam, vna secum tollit, & cum ipsa pro non adiecto habetur, salua interim remanente principali dispositione, *d. §. vlt. & d. l. vn.* vt vel hinc appareat, isthæc jura cõuenientius ad astru-

ad astruendum eius, pro cuius confirmatione Robertus ea citauit, contrarium videlicet, vltimam voluntatem non infirmari, quantumuis aliter, quam per conditionis modum impossibile quid contineant, accommodari posse. Multo minus ipsius responsio valet, qua conatur eludere *tex. d. §. si quis seruos*, cum sit mera divinatio, quæ tanto absurdior est, quod Pomponius illic neutiquam præsupponit, casum ita re vera extitisse, sed eundem arbitrio suo fingit, exempli saltem gratia locorum singulariũ, Gadium nempe Romæq; mentionem faciendo, quo sit euidentior subsequens decisio generalis, prout ex præposita cõditionali particula *si*, & quod sibi legatum perhibet, abunde patet. Nec juvari potest Robertus textu *d. l. cum heres, §. 1.* cum inter longitudinem temporis nimiam, & eiusdem angustiam plurimum intersit. Illa enim dispositionem ea de caussa reddit inutilem, quia suo sub ambitu continet alia quam plurima tempora breuiora, vt si maxime tollatur id tempus, quo præstatio non amplius fieri poterit, semper tamen reliqua sub longiore contenta supersint atq; remaneant, quæ vtiliter adijci dispositioni potuerint: Vnde propter incertum temporis, quod ex testatoris voluntate, neque omnino reijci, neq; cuiusmodi sit, ab alio, quam ab ipso testatore definiri possit, dispositionem concidere necesse est, vt subtiliter arguit *Anton. Fab. lib. 6. coniec. c. 12.* Secus in tempore nimis angusto, quo aliud longius haud quaquam continetur: Itaq; demto tempore nimis angusto nihil superest præter puram dispositionem, ex qua debitum, quam primũ per rerum naturam id fieri poterit, præstari oportebit, & petere licebit, 63 *l. interdum, ff. de verb. obl.* Quæ † cum ita sint, distinctionem communiter ab Interpretibus receptam, arbitror esse retinendam, cuius membra singula, præterquam quod apertis legum textibus nituntur, luculentius etiam confirmari possunt. Legata namque seu fideicommissa quod attinet, si rationem iure caussam, propter quam in eis conditio impossibilis pro non ascripta habetur, spectemus, quæcũque tandem statuatur, peræque suberit atque militabit in die, cuius angustia præstationem legati reddit impossibilem: quod pluribus ostenderem, nisi liquido cognoscere liceret idipsũ ex ijs, quæ præ cœteris eleganter disseruit *Donellus in l. impossibilis, n. 4. & 5. ff. de verb. obl. & in com. de iure ciu. lib. 6. c. 18. vers. impossibilis, Anton. Fab. lib. 6. c. 12. in princ.* Quod si conditio, cuius ante euentum obligatio nequit existere, quaue deficiente, simul obligatio deficit, totaq; dispositio concidit, legatum seu fideicommissum non vitiat, si sit impossibilis, potius inde reijcitur, proq; non ascripta habetur, certè dies conditione longe viribus inferior, qui nec ortum obligationis impedire vel suspendere, nec dispositionem destruere potest, multo minus nocere poterit ac debebit legato seu fideicommisso, quantumvis ad eum propter angustiam temporis præstatio fieri nequeat, *per ea quæ not. Euerh. in loc. à maior.* Præterea diem, quoties impossibile quid importat, neutiquam evertere testatoris dispositionem, euidenter ex eo comprobatur, quod institutio, quæ ex die certo, vel ad diem, ex dispositione juris nostri fieri nequit, *§. heres, inst. de har. inst. l. hereditas, ff. d. t.* non vitiatur assignatione diei, quantumvis de jure censeatur impossibile, hæredem ex certo demum die, vel ad certum vsque diem existere, sed firma remanet, diesque pro supervacuo sive non ascripto habetur, *d. §. heres, & d. l. hereditas.* Vnde consequens, legatum quoque seu fideicommissum, licet alioqui diem recipiat, minime infirmari assignatione diei, cuius propter angustiam solutio redditur impossibilis, sed vitio temporis sublato ratum validumq; remanere, *d. §. si quis seruos.* Huc denique non parum facit *l. legatum ciuitati, ff. de vsufr. leg.* vbi ciuitati legatum fuerat ad edendum quotannis

annis illicitum spectaculum: Illicitum vero, cum & ipsum ob juris prohibitionem fieri nequeat, quin æquiparetur impossibili, non ambigitur, *l. filius, ff. de cond. inst.* Nec tamen legatum, citra vllam conditionem sub modo conceptum, propterea, quod aliter, quam per conditionis modum quiddam de jure impossibile, hoc est, illicitum continent, vitiatur, sed illicito sublato, validum remanet, potiusq; dispicitur, ut memoria defuncti alio licito genere celebretur. Cum igitur non minus iniquum sit, legatum seu fideicommissum, quod alteri defunctus reliquit, certoq; destinauit, propter angustiam temporis assignati, intra quod ab hæredibus præstari nequit, hæredum lucro cedere, consequitur, diei, cuius angustia præstationem legati reddit impossibilem, adjectione legatum seu fideicommissum neutiquam vitiari, sed eo sublato, voluntati testatoris alio commodiore tempore satisfieri oportere, *arg. d. l. legatum ciuil.* Contractibus autem bonæ fidei similiter angustiam temporis appositi minime nocere, vltra insignem textum *d. l. insulam, §. 1.* satis etiam probat illa, quæ paulo ante *Ioanni ab Im. Aretino, & Donello* fuit opposita, diversitatis inter conditionem & diem ratio. Quibus accedit, quod alioqui maxima sit inter vltimas voluntates, quibus angustiam temporis nihil obesse, constat evidentius, & bonæ fidei contractus cognatio & convenientia, propter quam invicem æquiparari non raro solent, *l. in minorum, & ibi Dd. C. in quib. caus. rest. in int. l. si seruus legatus, 108. §. cum quid, ff. de legat. 1.* quodq; pro bonæ fidei contractibus non minus quam pro legatis & fideicommissis generalis illa juris regula militet, quæ præcipit, impossibilia pro non adjectis haberi, *l. ea quæ dari, 135. ff. de regul. jur.* cui merito standum, tempusq; nimis angustum in bonæ fidei contractibus secundum illam pro non adjecto habendum, donec aperte contrarium in eis demonstretur, *per not. in l. 1. ff. de regul. jur.* De contractibus stricti juris, quin eis angustia temporis noceat, nullus est qui dubitet, propter expressos tex. *d. §. loca, inst. de ver. obli. & l. non vtiq, §. qui ita sti p. ff. de eo quod cert. loc.* idemq; non minus aperte liquet ex *l. vlt. § si inter, ff. de verb. obli.* nec obscura eius rei ratio per ea quæ ante fuerunt allata. Quo loco tamen illud obseruandum, contractus stricti juris ea demum temporis angustia vitiari, quæ inducit impedimentum naturale, planeq; præstationem reddit impossibilem, ut quod in obligatione versatur, per rerum naturam intra tempus illud dari fierive nequeat, *d. §. loca, & d. §. qui ita stipul. vbi præcæteris Donell. num. 1.* Secus

64 † quando receditur ab impedimento naturali, saltemq; difficultas in persona debitoris subest, ut intra tempus tam breve obligationi satisfacere nequeat, cum tamen alius forte magis industrius, ditior aut potentior intra dictum tempus idipsum præstare potuisset: tum enim breuitas termini, quantacunq; sit, non magis contractum stricti juris invalidum sive invtilem reddere potest, quam bonæ fidei conventionem, aut vltimam voluntatem vitiare potis est, *l. 2. §. ex his, versic. sed non facit, l. continuus, §. illud, vbi Dd. ordinarie, ff. de verb. oblig. l. vltim. ff. de act. emti, Bart. post alios in l. quodte, numer. 13. vbi præ cæteris Alciat. num. 19. Loriot. nu. 7. & 9. Cagnol. nu. 98. & n. 109. Bologn. nu. 74. qui de communi testatur, ff. si cert. pet.* A mora tamen

65 † catenus excusat etiam istiusmodi temporis angustia, & consequenter ab æstimatione quanti plurimi liberat, si debitor sit expers culpæ, nec quicquam sit, quod ei juste queat imputari, cur semetipsum arctarit, *Bald. in l. si mihi & tibi, §. si quis seruos, nu. 4. ff. de lega. 1. Ias. in l. liber homo, §. 1. num. 4. ff. de verb. oblig. Alciat. post alios in l. quodte, num. 20. vbi Cagnol. num. 107. Loriot. num. 10. Bolognet. num. 75. versic. & debet intelligi, & num. 77.* Huc enim apprime faciunt & quadrant, quæ pro limitationis proxime præcedentis confirmatione fuerunt allata:

nec

nec non fundamenta, quibus interpretes, difficultatem à mora excusare, luculenter ostendunt *in d.l.continuus, §. illud, & in d. l. quod te, ubi late post alios Rip. n. 38. usq. ad 54. Bolognet. nu. 75.*
66 *usq. ad 80.* Aliud † omnino dicendum, ubi debitor subsistentem difficultatem aliqua diligentia evitare sive superare, *l. 2. §. si quis tamen. & ibi not. per Dd. ff. si quis caut.* aut nosse vel prævidere potuit, nimis angustum esse terminum, nec minus tamen ad eum diem promisit, *l. penult. ff. de jure dot. l. si fidejussor, §. si necessaria, ff. qui satisd. cog.* aut similis quæpiam culpa debitoris argui sive depræhendi potest, *l. sancimus, C. de fidejuss. Ita præ cæteris Alciat. Cagnol. Loriot. Bolognet. in d. l. quod te. Idem Al. iat. in d. l. continuus, num. 12. ubi Zas. num. 6. vers. quarto fall. Cognol. in l. in omnib. oblig. num. 7. ff. de regul. jur. Loriot. in apic. 1. de mora, ax. 2. & in lib. de mora, §. 1. vers. veruntamen.* Deniq;
67 † sciendum, licet propter angustiam temporis lapsu dici moram debitor non incurrat, tamen eundem non eo usq; immunem fore, donec à creditore postmodum requisitus aut interpellatus fuerit, sed citra ullam requisitionem intra tempus, quo primum dari fierive potest, sive quod computato simul tempore nimis angusto, dationi factove dignoscitur esse necessarium, teneri satisfacere: alioqui si tantum temporis eo non solvente præterierit, ipso jure per lapsum sufficientis temporis in mora constituetur, ac proinde ad æstimationem, quanti postea plurimi res fuerit, tenebitur, *Ias. in l. vin. num. 10. ff si cert. pet. Loriot. in d. libell. de mora, §. in his casib. vers. proinde*, cum per allata sub finem limitationis proxime præcedentis, tum etiam, quod eo ipso, quia nominatim fuit actum, de solutione intra tempus iam breve facienda, manifestum est, tam creditorem id modis omnibus urgere, adeoque ab initio protinus desiderasse, ut quoad eius fieri potest, sibi citissime solvatur, quam debitorem ad idipsum sese astrinxisse: Cum enim voluerint, ut ad diem longe anteriorem, si quidem fieri posset, solvatur, multo magis eius intentionis eosdem & fuisse & etiamnum esse oportet, ut quod in præfinito die propter angustiam temporis præstari nequiuit, tamen postea, quam primum poterit, citra procrastinationem præstetur.

Limit. 12. in die solummodo per pactum adjecto, cuius ut lapsum in mora non constituere, ita consequenter æstimationem non attendi oportere, censuit *Bald. in l. un. num. 52. & 53. C. de his quæ pæ. nom. Alex. in l. si insulam, num. 22. ubi Niger num. 138. Bolognet. nu. 122. ff. de verb. oblig. Gab. Rom. lib. 3. t. de solut. concl. 9. num. 37. dicens* omnes *hoc notare in l. nuda, C. de contr. stipul.* & ita sustineri potest, quod diem petitioni adjectum in mora constituere negat *Bald. in c. 2. an ille qui interf. fra. dom. quiq. sequuntur eum Baldus ipse & Bauerius de mora, p. 2. num. 7.* nominatim de die loquuntur adjecto per pactum de non petendo usq; ad illum diem. Verum pro evidentiore limitationis huius resolutione distinguendum: Aut
† enim pactum, quo dies assignatur, contractui non adjicitur, ut Cuiacij *lib. 2. obs. c. 15.* verbis in isthac distinctione utar, sed est a contractu plane diversum, sive quia per se solum fuit initum, nullo præcedente vel subsequente contractu, quem respiciat, ut cum quid nuda saltem conventione in diem promittitur, sive quia contractus pacto subiectus pœnæ nomine saltem fuit interpositus, *ut in l. si pacto quo pœnam, C. de pact. & in l. nuda, C. de contr. stip.* Quo evenit, ut dies pacto compræhensus ei modo, quod pacto solum, non etiam contractu continetur sive promittitur, sit assignatus: Et hic constat, illius diei lapsu moram non induci, nec ex eo naturale debitum æstimandum esse, *Dd. loc. modo rel.* Pacto namq; promissum in diem, natura saltem debetur, civili jure nec peti nec exigi potest, *l. juris gentium, §. sed cum nulla, & §. seq. ff. de pact. l. legem, C. de pact.* ubi vero nulla petitio, ibi nec moræ locus esse potest, 68

test, *l. si pupillus, ff. de verb. obl.* nec æstimationi quanti plurimi à mora dependenti, *l. penult. ff. de cond. trit. l. hominem, ff. mand.* Cumque ex nudo pacto debitum præstari necesse non sit, multo minus existimandum fuerit, vllam subesse jure ciuili necessitatem præstandi æstimationem eius, siquidem caussa principali non subsistente, accessoria consistere minime valent, *l. cum principalis, vbi Dd. ff. de regul. jur.* Frustra vero ad diem retuleris æstimationem, quæ præstanda non est. Sed & jura æstimationem ad diem solutioni destinatum reducentia, non nisi de æstimatione eius, quod jure tam ciuili quam naturali dari fieriue debuit, loquuntur, *vt est tex. in l. vin. ff. si cer. pet. l. penul. & vlt. ff. de cond. trit. l. in re furtiua, ff. de cond. furt. l. penul. ff. rer. amot. l. quoties, ff. de ver. obl. l. si Calendis, ff. de re jud.* Ac licet obseruandi pacti gratia stipulatio pœnalis fuerit interposita, nihilo plus tamen operabitur dies quo ad æstimationem, cum quod in conuentionem deuenerat, in stipulationem deductum non fuerit, ac dies, etiamsi esset in stipulatione desertis verbis repetitus, in conditione modo, sub qua pœna promittitur, non in ipsamet obligatione pœnali foret, vt æstimationis eius quod pacto promissum est, ratio nullatenus haberi, sed pœna solum stipulatione comprehensa, nisi placito stetur, exigi valeat, per ea quæ limit. 8. dicta fuerunt. Aut vero pactum, quo dies assignatur, adijcitur contractui, hoc est. non est à contractu plane diuersum, sed eundem respicit, quæq; continentur in eo concernit, addendo scilicet aut detrahendo: & plurimum intererit, vtrum in continenti, siue in ingressu contractus fuerit pactum initum, an postea ex interuallo. Priore quidem ca-
69 su pro regula tenendum, diem † pacto quod in continenti fit, adiectum in mora constituere, & ex eo æstimationis jure merito rationem haberi: pacta namq; tempore contractus inita non minorem firmitatem obtinere dignoscuntur, quam contractus ipse, cui adijciuntur, *l. 1. 2. l. initio, l. penul. C. de pact. inter em.* vsq; ideo, vt contractui quoq; præualeant atq; derogent, *l. contractus, ff. de regu. jur.* quatenus ei dant legem, *d. l. contractus, c. contractus, de regul. jur. in 6. l. 1. §. si conueniat, ff. depos.* Igitur adiectio diei per huiusmodi pactum facta, eosdem quoq; sortiatur oportet effectus, quos produceret contractus, si citra interuentum pacti conceptus in diem fuisset, *jur. præcit.* Vnde cum dies contractui insertus moram inducturus, & omnimodo quo ad æstimationem attendendus fuisset, idem de die per pactū in continenti adiectum assignato judicandum fuerit. Deinde pacta in continenti adiecta insunt contractui, *l. juris gentium, §. quinimo, ff. de pact.* ita quidem, vt quod pacto cauetur, perinde sit, ac si diserte in contractu cautum, & in eum verbis expressis deductum fuisset, *l. item quia, inst. ff. de pact. l. lecta, vers. perinde, ff. si cer. pet.* Vt igitur contractu simpliciter in diem concepto, lapsu diei mora contrahitur, & ab eo tempore, quanti res valuerit, spectatur, ita cum dies pacto adiectus insit ipsi contractui perinde ac si nominatim ei fuisset insertus, idipsum in eo statui oportebit. Rursus pactum eius contractus membrum siue pars esse dignoscitur, cuius in ingressu siue in continenti fuit interpositum, vt sine illo contractus integer ac perfectus minime sit, *per l. fundi, ff. de contr. emt. Lori. in d. l. lecta, n. 26. Cagn. n. 108. Bolog. n. 69. vers. sed non est recedendum, Donell. n. 15. & 24. pluribusq; comprobat idem Donell. in l. bona fidei, n. 9. C. de pact.* Quocirca cum in toto, videlicet in ipso contractu sit ita jure comparatum, vt dies eius moram inducat, & in æstimatione attendi debeat, necesse est, vt id etiam in parte, hoc est, pacto, eiusq; die pereque procedat, *arg. l. quæ de tota, ff. de rei vend.* Quibus accedit, quod in plerisq; juris nostri locis, quib. ad diem solutioni destinatum referri jubetur æstimatio, ita dies exprimitur, vt intelligi sub eo tam

posſit is, qui per pactum in continenti fuit adiectus, quam qui per contractum citra pactum fuit insertus, *l. vinum, ff. si cer. pet. l. vlt. ff. de condic. trit. l. hominem, ff. mand. l. si Calen. ff. de re jud.* Quoties autem leges generaliter loquuntur, nec in re subiecta quicquam distinguunt, vel excludunt, etiam nos verba sequi, legemq; de omnib. quę in genere contineri videntur, intelligere tenemur, *l. metum §. animaduertendũ, ff. quod met. cauſ. l. item veniunt, §. à quo, ff. de pet. hæred. l. 1. §. generaliter, ff. de le-*
70 *gat. præst.* Neq; † vero in bonæ fidei solum, sed & stricti juris judicijs isthęc intelligenda sunt: Quamvis n. sit apprimi controuersũ inter interpretes nostros, an etiam ex parte actoris pactũ in continenti factum contractu stricti juris insit, vt ex eo competat actio, quod quidem discutere præsentis nõ est instituti, tamen est expeditum, id ad exceptionem non tantum prodesse, sed etiam ex parte rei conuenti omnino inesse, legẽq; contractui dare, vt quoties de summa siue re in contractum deducta quicquam pacto detrahitur, aut obligatio die vel conditione per pactum addita limitatur atq; circumscribitur, perinde sit, ac si contractus ipse in eam solummodo summam siue rem, quam pactum non ademit, conceptꝰ, siue in diem vel sub cõditione fuisset initus, *in quam sententiam tex. sunt expressi in d. l. item quia, in fi. & d. lecta, v. dicebam,* quorũ posterior tanto euidentior est, quod etiã in terminis manifeste ostendit, diem pacto assignatum in mora constituere, eosdemq; sortiri effectus, quos dies nominatim stipulatione compræhensus. Etenim non tantum ex interposita vsurarum stipulatione, quæ in cautione recensetur, constat, aperteq; Paulꝰ ipse præsupponit, vsuras illic ex stipulatione nõ nisi ob morã eo ipso, quod sua die non soluitur, committendam, deberi posse, vt proinde cum postea decidat ICtus, nisi ad vnumquemq; diem pacto præstitutum pensio solvatur, protinus eo finito pensionis vsuras currere, lapsu diei pacto prę-finiti moram induci cum suis effectibus necessario statuat; verum etiam Paulus *in versic. perinde, & versic. sed cum sortis,* expresse profitetur, eo tempore, in quod mediante pacto sortis petitio dilata est, nisi solvatur, moram fieri, & ex eo vsuras accedere. Ad idem tex. æque clarus *in l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. obligat.* vbi dies per pactum in continenti adiectus, moram induxisse perhibetur, ita quidem, vt si quicquam mulieris propter eam moram interesset, residuum pretium cum vsuris non multo post oblatum non accipere, nec promissos sub conditione, cum pretium omne cum vsuris a Titio recepisset, hortos tradere teneatur. Quod si mora per diem pacto in continenti assignatum inducta, eos in contractibus stricti juris gignit effectus, qui peculiariter ex contractu siue partium conuentione moræ attribuuntur, puta, cursum vsurarum, remissamq; tradendi necessitatem, per æque vel magis etiam in ijsdem vna secum importabit effectus legis, conventioni partium non æquipollentis modo, sed & præualentis autoritate sibi tributos, inter quos ferme principem locum tenet æstimatio quanti plurimi fuerit ex die solutioni destinato, *l. vin. ff. si cer. pet. l. vlt. ff. de*
cond. trit. cum concordantib. Sed † etsi 71
dies in contractu stricti juris assignatus, isque pacto in continenti rejectus, & alius anterior solutioni destinatus fuerit, non erit ambigendum, quin hic tempore licet prior, in mora constituat, & in æstimatione spectari debeat. Vt ut n. pactũ istud creditori citius exacturo solũ prodesse, debitori nocere videatur, quippe qui citius, quam alioqui vigore conventionis teneretur, soluere cogetur: tamẽ id quoq; contractui stricti juris, cuius tẽpore fuit initum, inesse vt toti partem, ei legem dare, quodq; consequens huius est, diem isthoc pacto assinatum in mora constituere, & in æstimatione spectari oportere, verius est, vt post alios erudite tradit

Donell.

Donell in d. l. lecta, n. 24. cum per regulam *d. l. lecta, vers. dicebam*, tum, quia pactum istud nec quicquam extendit sive dilatat obligationem, sed contractui potius detrahit: Sive enim diem spectes, nominatim contractu comprehensum, pacto adimitur: Sive diem anteriorem pacto assignatum, nihilis contractui confert, sed petitionem differt, usq; dum venerit, adeoq; tempus diem antecedens, quo nulla dilatione data statim peti debitum potuisset, creditori decedit. Quoties autem de comprehensione stipulationis alteriusve contractus stricti juris quidpiam pacto in continenti facto detrahitur protinus antequam cōtractus pro perfecto & completo habeatur, (id enim est in continenti contractus pacisci, *secundum Dd. in d. l. lecta, lateq; Donell. in l. in bonæ fidei, n. 2. 3. 4. C. de pact.*) in detracto definite esse cōsensus utriusq; partis, qui cum toti contractui, singulisq; sub eo contentis ita sit necessarius, ut in quibus ipse deficit, ea quantumvis verbis contineantur, ipso jure valere sive subsistere nequeant, *l. 1. §. adeo, ff. de pact. l. inter, §. 1. & 2. l. continuus, §. 1. ff. de verb. obli.* consequitur, ipso jure non valere posse, quod per pactum consensu contrahentium in continenti contractui detractum fuit, ac proinde pactū hujusmodi contractui quoq; stricti juris inesse, legemq; dare, *Donell. d. l. lecta, n. 24.* Tum, quod ubi circa qualitatem stipulationis, qua vel pure, vel in diē, vel sub conditione concipitur, adjicitur aliquid vel detrahitur, sive ut conditio, sive dies, non vitiatur obligatio, si stipulatori diversitas responsionis illico placuerit, sed alia stipulatio contracta videtur, dum propter approbatam responsionis diversitatem perinde habetur, ac si stipulator prius ita, ut responsum fuit, interrogasset, sive stipulatus esset, *l. 1. §. si quis simpliciter, vers. cum adjicitur, ff. de verb. oblig.* Hoc ipsum evenire casu nostro videtur, quo licet in responsione diversitas non interveniat, prius tamen quam pro absoluto sive perfecto contractus habeatur, ea placet utriq; contrahentiū diversitas, ut illico mediante pacto diem obligationi detrahant, aliumq; citius venturum substituant: Non minus igitur in isto casu alia stipulatio contracta intelligi, adeoq; propter approbatam illico ab utraq; parte diversitatem perinde haberi debebit, ac si eo modo, quo postmodum in continenti convenit, & stipulator interrogasset, ac promissor respondisset, *d. l. 1. §. si quis simpliciter.* Et quidem si propter assensum stipulatoris responsioni inutiliter factæ initio supervenientem, etsi per sese nil nisi pactum importet, alia tamen stipulatio contracta videtur, quantumvis ea nec legitime concepta fuerit, nec a priore, quippe invalida robur viresq; consequi potuerit, certe multo magis propter consensum contrahentium qualitati stipulationis legitime conceptæ quidpiam in continenti adjicientium vel detrahentium, alia stipulatio contracta censeri debet, quippe cui prior omnem suam vim largitur, perinde ac si nominatim quod illico placuit, in eam deductum fuisset. Tum, per tex. *d. §. Seia*, quo pactum in continenti adjectum inesse stipulationi constat, eiq; legem dare, quantumvis eo libera facultas ex stipulatione mandatori competens offerendi pretium cum usuris, quandocunq; libitum fuerit, quam maxime coarctetur atq; restringatur, ut intra certum diem offerri summam universam necesse sit. Quinimò cum sit indubitati juris, summæ sive rei in contractum bonæ fidei deductæ, pacto res alias vel ampliorem summam in continenti adjici posse, ut ex contractu bonæ fidei competat actio etiam ad id petendum, quod ex tali pacto debetur, perindeq; sit, ac si nominatim contractu fuisset comprehensum, *l. juris gentium, §. quinimo, ff. de pact. l. fundi, ff. de contr. emt.* etiamsi eveniat, ut per pactum dies præstituatur solutioni tantum eius, quod pacto in continenti promissum, non etiam rei sive summæ verbis expressis in contractū

deductæ, nihilominus eius diei lapsus moram inducet, & in æstimatione spectandus erit, quandoquidem hic rationes paulo ante adductæ peræque militant, ut cuivis eas consideranti liquet. Observandum tamen,
72 † hæc ita demum procedere, nisi constet partes, etsi pactum in ingressu contractus inierint, tamen ab eo per contractum, quod evenire quandoq; solet, iterum recessisse: tunc enim procul dubio pactum, quæq; in eo continentur, adminiculo contractus, consensuq; partium destituta evanescunt, meritoq; voluntati partium atq; contractui standum, *fac. l. si voluntate, C. de resc. ven. juncta l. 1. §. si quis simpliciter, vers. cum quia, ff. de verb. oblig. l. si ita stipul. fuero, ff. d. t. l. non ad ea, 58. ff. de cond. & dem.* Posteriore autem casu, quando post contractum ex intervallo per pactum adjicitur dies, subdistinguendum fuerit inter judicia
73 bonæ fidei & stricti juris. Illis † enim si dies per pactum ex intervallo assignetur, mora diei lapsu contrahetur, & ex eo tempore æstimationis ratio habebitur, siquidem eo ipso, quod solutioni dies destinatur, tempus omne diem antecedens, quo nulla dilatione data debitum exigi potuisset, detrahitur, & pactum ex intervallo contractui bonæ fidei detrahens eo contineri, sive legem ei dare & inesse ut partem toti, perinde ac si contractus ab initio sic foret initus, constat ex *l. pacta, ff. de contr. emt. l. juris gent. §. adeo, ff. de pact. & utrobiq. Dd. l. 3. ff. de resc. vend. Dd. in l. lecta, ubi Bolognet. nu. 100.*
74 *Donell. n. 25. ff. si cert. pet.* Secus † tamen esse crediderim, ubi dies in contractu bonæ fidei assignatus, pacto ex intervallo rursus adimitur, aliusq; eitius exiturus præstituitur: Pactum enim quo ex intervallo cavetur, ut anteriore die, quam fuerit in contractu præfinitus, solvatur petiq; possit, efficere minime potis est, ut ante diem contractu compræhensum agi sive debitum exigi possit, *per tex. ad hoc not. in l. juris gentium, §. quinimo, vers. ut puta, ubi Dd. ff. de pact.* Ubi vero nondum petitioni, ibi nec moræ, *l. si pupillus, ff. de ver. obli.* nec æstimatione quanti plurimi locus esse potest, *l. quoties in diem, ff. de verb. oblig.* At si † in stricti juris ju- 75
dicijs dies per pactum ex intervallo apponatur, verius esse videtur, eum nec in æstimatione attendendum esse, nec in mora constituere, ut tenent Dd. initio limitationis hujus relati. Præterquam enim quod hic cessant rationes illæ, quibus in prioribus membris moram præstationemve æstimationis quanti plurimi astruximus, pactum istud non nisi ad exceptionem valet, reoq; soli prodesse potis est, *l. juris gentium, §. sed cum nulla, l. si unus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. l. 3. ff. de resc. vend.* quod verum vix esset, si præter exceptionem valeret ad inducendam moram, & creditori prodesset ad consequendam æstimationem, quanti plurimi. Quod si ex die per tale pactum assignato æstimari debitam rem oporteret, actori facultas tribueretur exigendi petendiq; ultra debitum, quanto pluris valuit, si non jure actionis, saltem officio judicis, quæ in effectu congruunt, in idem recidunt, *l. centum Capuæ, ff. de eo quod cer. lo. l. quæro, ff. loca.* cum tamen certum sit, hoc pacto ad agendū, hoc est, exigendum in judicio sive petendum, *l. nihil aliud, ff. de act. & obli.* non inesse, nec valere, *l. juris gent. §. quinimo, vers. si ex interu. ff. de pact.* Adde quod æstimatio quanti plurimi, sive ipsius exactio sit accessio principalis actionis, sine qua nō subsistit, cuiusve conditionem atq; naturam sortitur & imitatur, *l. si deposita, C. depos. c. accessor. de reg. jur. in 6. l. ult. ff. de eo quod cer. loc.* Actionem vero principalem pactum de quo loquimur, parere, informare vel extendere nullo modo potest, *d. §. quinimo.* Nec igitur exactionē æstimationis quanti plurimi producere poterit, cum præsertim alioqui si eam producerer, hoc ipso quadantenus extenderetur, sive augeretur isthac accessione obligatio sive actio, *l. centū Capua, ff. de eo quod cer. lo.* Iam vero eum nullus in obligatione dies deprehendatur, ad quē solvi necesse sit, si pa-

si pactum debitori necessitatem imponeret, eumq; astringeret ad solvendum certo die, certe teneretur ad id, ad quod contractu minime fuit obligatus. Atqui pactum ex intervallo adjectum contractui stricti juris nequit obligare debitorem ad id, ad quod vigore contractus minime fuerat astrictus, *d. §. quinimo*. Non igitur, qui solvere non tenetur intra diem, lapsu diei moram incurrere, nedum ad æstimationem quanti plurimi teneri poterit. Denique certi sunt modi, quibus in mora quis constituitur, lapsu nempe diei contractu præfiniti, interpellatione, reipsa, de quibus passim interpretes, maxime *in d. l. quod te, ff. si cert. pet. & in tractatib. de mora, Ant. Faber lib. 6. conject. c. 7.* Iste vero modus inducendi moram per lapsum diei pacto ex intervallo post stricti juris contractum adjecti, nec est peculiaris, aut jure specialiter comprobatus, nec sub illo priore continetur, ad quem passim requiritur, ut lege præfinitus, aut in contractu fuerit assignatus dies, *l. 2. C. de jure emphyt. l. magnam, C. de contr. stip. l. ad diem, ff. de verbor. oblig. l. traiectitiæ, ff. de act. & obli.* id quod fieri non aliter potest, quam si vel contractus ipse in diem conceptus fuerit, vel pactum quo solutioni dies præstituitur, initio contractui, ut perinde sit, ac si contractus ipse nominatim in eum diem conceptus foret, *d. l. lecta*. Nec obstat, quod propterea diei lapsus in mora constituere videatur, quia creditor eo ipso, dum assignat diem, interpellare censetur debitorem, ut ad eum diem solvat, quodq; debitor de voluntate creditoris ad eum diem sibi solvi desiderantis tam certus esse possit assignato demum ex intervallo die, quam si foret ab initio præfinitus: Neutiquam enim sufficit quidpiam intervenisse, quod æquipollere posse videatur interpellationi sive certificationi de solvendo, nisi congrue fiat, *l. mora, ff. de usur.* Congrue factum censeri nequit, quod cum ex præscripto legis in contractu fieri debuisset, ex post facto demum sero supervenit. Nec unum satis est intervenisse, ubi plura, ut in proposito, cum dies ipse, ium, ut in contractu assignetur, conjunctim exiguntur, *l. si heredes plures, ff. de cond. instit.* Adde quod principalis ac potissima caussa moræ per diei lapsum inducendæ sit autoritas legis diei per contractum aut ultimam voluntatem assignato propter tacitam creditoris, quam simul implicat, denunciationem sive certificationem huiusmodi vim peculiariter attribuentis, ut in mora debitorem quantumvis aliter non interpellatum constituat: quam cum deficere constet in die ex intervallo contractui stricti juris per pactum adjecto, nil mirum, si moram is inducere minime valeat. Deniq; cum solennis etiam interpellatio sola in mora non semper constituat, nisi pariter accedat quædam repetendi debiti instantia, casuq; nostro tantum absit, accedere repetendi debiti instantiam, ut creditor debitori etiamnum potius dilationem indulgeat, utiq; tacita illa minimeq; solennis denunciatio, quæ per pactum ex intervallo fieri quodammodo videtur, haud quicquam ad inducendam moram valere, *d. l. mora*, nedum æstimationi quanti plurimi locum facere poterit, *d. l. vin. ff. si cert. pet.*

Limit. 13. quando creditor ac debitor non habitant in eodem loco, sed fori diversi sunt: Nisi enim creditor forum debitoris accesserit, eoq; loci debitum tempore solutioni destinato recipere paratus fuerit, dies nec in mora debitorem constituet, nec in æstimatione spectandus erit, *ut sensit gl. in l. item illa, verbo, venit, ubi Bart. num. 1. & 9. Bald. num. 1. Castr. num. 9. Fulgos. & Alberic. ad fin. ff. de const. pecu. Purpur. in l. vinum, ubi Dec. num. 10. Lorior. nu. 14. Cagnol. num. 43. Bologn. nu. 35. ff. si cert. pet. Bartol. in l. cum filiusf. §. ult. & in l. continuus, §. cum ita, num. 2. ff. de verb. oblig. Bald. in l. si per emtorem, in pr. ubi Castr. num. 2. ff. de act. emt. Bald. in l. acceptam, n. 37. ubi Salic. num. 6. & seqq.* 76

C. de usur. Alberic. in l. 2. ubi Ias. num. 92. C. de jure emph. Petrus Anchar. & cæteri Dd. in c. significante, de pignorib. Afflic. decis. 316. num. 2. M. Ant. Bauer. de mora, p. 2. n. 3. Carol. Molin. de usur. q. 9. n. 137. Minsing. cent. 3. obs. 95. Ruin. consil. 151. nu. 3. li. 1. Natta consil. 258. nu. 7. tom. 2. Rolan. à Valle consil. 57. nu. 37. lib. 1. Menoch. consil. 132. n. 13. vol. 2. & consil. 650. nu. 8. vol. 7. Tiraquell. de retr. consang. §. 9. gl. 3. n. 18. & §. 15. n. 2. & 10. plurimos recensens, Mascard. plures longa serie referens, vol. 1. de probat. conclus. 1070. num. 23. communemq; *dicunt Cagnol. & Bolognet. loc. rel.* Pro qua sententia textus est *in d. l. item illa, in pr. vers. proinde,* quo non tantum aperte præsupponitur, incumbere creditori necessitatem veniendi ad diem solutioni destinatum, verum etiam si tempestate, vi, aut valetudine impeditus non venerit, ipsius fore detrimentum perhibetur. Unde liquido cuiq; constat, eundem agnoscere teneri damnũ quoq; propter immutatam rei debitæ æstimationem eveniens, nec debitorem diei lapsu moram incurrere, quippe cui frustratio, si qua ei posset imputari, creditore præsertim justis de caussis impedito, foret alioqui procul dubio nocitura, *l. hominem, ff. mand. c. mora, de reg. jur. in 6.* Est & tex. *in l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de usur.* quo licet expressa diei mentio non fiat, quæstio tamen illic principaliter agitata, nisi plane frustratoria, prorsus indubitata fuerit, casum quo mora citra interpellationem contrahitur, manifeste præsupponit. Illic vero clare determinatur, si creditor abfit Reipub. caussa, vel ex alia justa caussa impeditus non adiit, moram per debitorem non videri factam, eoq; nec ad ea, quæ propter moram non solventium infliguntur, inter quæ æstimationem quanti plurimi esse constat, eum teneri. Suadetur idipsum aperta juris ratione, quia debitor non tenetur alio loco solvere, quam quo peti potest, *l. quod legatur, ff. de judiciis, l. cum res, ff. de lega. 1.* Peti autem non potest alio loco, quam quo debitor vel domicilij, vel contractus, vel rei ratione forum sortitur. *l. hæres absens, §. ult. & d. l. quod legatur, ff. de judic. d. l. cum res, l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act.* Igitur alibi debitor, ubi creditor degit, solvere minime tenetur, ac proinde nisi creditor accepturus debitum per se vel per alium in foro debitoris compareat, lapsu diei debitor in mora minime constituetur, nec ad æstimationem quanti plurimi tenebitur, *l. quoties in diem, junct. l. si pupillus, ff. de verbor. oblig.* Nec vero quicquam est, quod imputari tali casu debitori possit, qui solvere nequivisset, etiamsi voluisset, adeoq; fecisset, quantum ab eo ratio juris exigebat, *l. Celsus, §. 1. & 2. ff. de recep. arb.* Creditoris enim alibi degentis domicilium ut soluturus accedat, nisi specialiter ad id semetipsũ astrinxerit, lex ei non injungit, *l. cum hi, §. vult igitur, vers. caussæ hujusmodi, ff. de transact.* Quoties autem nihil est, quod imputari debitori possit, cur ad diem solutioni destinatum non solverit, ad ea, quæ propter moram præstanda veniunt, quibus æstimatio quanti plurimi sine dubio connumeratur, condemnari nec potest, nec debet, *d. l. Celsus, §. 1. & l. pecuniæ, §. usurar. vers. si tamen, ff. de usur.* Et huc quidem apprime faciunt etiam, quæ superius in simili de mora propter ignorantiam debitoris impedita fuere tradita limit. 10. Cœterum quando † tam locus, quam dies solutioni 77
destinatus fuit, multo minus dubium, lapsu diei moram non committi, nisi creditor tunc vel ipse comparuerit, vel ablegaverit alium, cui in loco ad eum diem solveretur, cum adducta modo fundamenta longe magis in isto, quã priore casu militent, prout etiam sentiunt *Dd. loc. modo rel. & alij quam plurimi longa serie allegati per Gab. Rom. d. concl. 9. num. 10.* Nec distinguimus hic, utrum debitor in loco fuerit ac pecuniam sive rem solvendam in promtu habuerit, an non, siquidem licet is etjam abfuerit eo die, vel ad solvendum paratus minime fuerit, non tamen diei lapsus eum absente creditore in

re in mora constituet, *Bart. in d. l. item illa, nu. 11. vbi Castr. nu. 9. & reliqui, ff. de constit. pec. Bald. in l. si per emtorem, vbi Castr. nu. 2. ff. de act. emt. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 2. §. 62. nu. 6. Gab. Rom. d. concl. 9. num. 21. & sensere cæteri*, cum, propter assignata prius argumenta hic etiam vrgentia, perq; tex. *l. arbiter Calendis, ff. de recep. arb.* tum etiam, quia nec juri, nec æquitati consentaneum est, quenquam damnari sive coerceri propter omissionem eius, quod factum plane fuisset supervacuum, nec effectum sortiri debitum potuisset, *l. si pupilli, §. vlt. versic. quanquam, ff. de nego. gest. l. 2. §. vlt. vbi Bar. & Dd. ff. si quis in jus voc. l. multa, in pr. ff. de cond. & dem. l. 1. §. adeundi, ff. quando appell. sit, l. si ut proponis, C. quam & quando jud.* & in pari caussa partis vtriusq;, magis est, ut propenniores esse debeamus ad solvendum debitorem à præstatione æstimationis quanti plurimi, ad quam sese non astrinxit, *l. Arrian. ff. de act. & obli.* cumq; de damno quæratur, potentior sit oportet, qui tenet, quam qui persequitur, *l. si servum, §. sequitur, vers. nam cum, ff. de verb. oblig.* Quocirca licet consultissimum debitori sive tutissimum sit, si ad ostendendam à parte sua diligentiam, in loco dieq; solutioni destinato protestetur, se paratum esse ad solvendum, dummodo adesset creditor aut procurator eius, cui solutio fieri posset, *Bart. in d. l. item illa, n. 9. post Guil. de*
78 *Cun. & ibid. Bald. n. 1.* nihil † tamen eius omissio debitori oberit, cum ex prædictis evidenter pateat, eam protestationem non tam ex necessitate, quam abundantioris cautelæ gratia fieri, *Alex. in l. non hac, nu. 6. C. vnde legit. & cons. 92. vol. 5. Ioa. Anan. consil. 5. vbi Lud. Bologn. in add. Bauer. de mora, p. 3. nu. 19. Aretin. cons. 163. Dec. consil. 566. Cagnol. in d. l. vin. n. 44. vbi Bologn. n. 31. Crauet. cons. 648. nu. 2. vol. 4. Vincent. de Franchis p. 1. dec. 287. n. 4. Tiraquell. de retr. consang. §. 9. gl. 3. nu. 20.* nec obscure probatur per *l. si fundus, §. vlt. ff. de lege commiss. l. pecunia, §. vsurar. l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de vsur. Facit l. si dictum, §. si præsente, vers. etsi nihil, ff. de euict.* Ac licet *Tiraq. lo. rel. n. 21.* referat alios, qui contrarium sentire videantur per *l. 2. ff. de naut. fæ. & l. de pupillo, §. si quis ipsi prætori, ff. de noui oper. nunc. c. pastoralis, in fin. de offi. ordin. c. vlt. de appell.* observandum tamen, textus allegatos agere de illo, cui ex parte sua necessitas interpellandi, denunciandi sive protestandi incumbere tum quoq; dignoscitur, cum judex sive adversarius adest, ut mirum non sit, eundem si judex vel adversarius absit, protestationem quam coram illo alioqui facere debuisset, interim coram testibus ad hoc requisitis interponere teneri, cum è diverso casu nostro debitori quippe nondum in mora constituto neutiquam incubuerit necessitas interpellandi creditorem præsentem de recipiendo debito, ut proinde multo minus eo absente obstrictus esse debeat ad protestandum. Interpretum igitur dicta secundū textus juris, quibus innituntur, erunt intelligenda, *Bartol. in l. non solum, §. si liberationis, ff. de libera. lega. Alex. cons. 45. nu. 3. vol. 6.* certe non vlterius extendenda, quam ad casus, in quibus agitur de jure quopiam per impeditum, nisi alterius absentia obstitisset, principaliter vel accessorie acquirendo: Huic enim acquisitioni obstabit impedimentum, nisi protestatus ea de caussa fuerit: non item ad eos, in quibus hoc duntaxat agitur, ut propter alterius absentiā impeditus excusetur, evitetq; pœnam sive conventionalem sive legalem, ut præ cœteris egregie notat *Bolognet. in l. non solum, §. morte, n. 112. ff. de noui oper. nun. sensitq; post Aret. d. cons. 163. Bauer. de mora p. 3. n. 19. & 20. Crauet. d. consi. 648. n. 2. vol. 4.* Etsi vero nonnullis visum sit, tunc quoq;, cum ob creditoris absentiam solvi nequit, lapsu diei debitorem, quantumvis alioqui paratum ad solvendum, in mora cōstitui, quæ tamen ipsi nociua sive damnosa non sit, prout etiam ex recentioribus asserit *Ant. Fab. lib. 6. conjec. c. 7 per l. pecuniæ, §. vsurar. ff. de vsur.* quæ temporis eius inculpatam esse moram perhibet,

nec debitorem ipso jure, sed exceptione doli tuetur: veriorem tamen arbitror esse sententiam interpretum, *Cagnolo in d. l. vin. num. 43. teste,* com-
79 muniter statuentium, † ipso jure moram proprie sic dictam casu nostro nullam a debitore fieri, quibus etiam subscribit *Donell. in l. ad diem, num. 2. 3. & 5. vbi Cuiac. ff. de verb. oblig. Cuiac. ad Afric. tr. 7. in l. trajectitia, vers. & in summa, ff. de act. & oblig.* Nec evidenti solum ratione juris ostenditur, quia per debitorem nullo modo stetit, quo minus solveret, nec vlla ei culpa potest imputari, qui loco dieq; solutioni destinato solvere paratus fuit: sine culpa vero debitoris, nisiq; per eum steterit, quo minus solveretur, moram is incurrere nullam potest, *l. semel mora, ff. solut. matr. l. qui decem, ff. de solut. l. quod te, vbi Alciat. num. 31. Bolognet. nu. 78. & alij Dd. ff. si cert. pet. l. Titia textores, §. vlt. ff. de lega. 1. l. is qui, ff. de act. & oblig. cum simil.* ne quidem per diei lapsum, *l. cum filiusf. §. vlt. ff. de verb. obli. l. 2. C. de jure emph. l. magnam, C. de contr. stip.* verumetiam clare probatur *l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de vsur. l. si per te, C. de vsur. l. penult. ff. de naut. fœn. l. Celsus, l. arbiter Calendis, in fin. ff. de recept. arb. l. si fundus, §. vlt. & l. vlt. ff. de lege commiss. l. vlt. §. vlt. ff. de resc. vend. & inprimis textu l. trajectitia, vers. nec aliter, & vers. nam etsi, ff. de act. & obli.* Ad
80 textum † vero *d. l. pecunia, §. vsurarum,* respondet *in d. l. ad diem, Donellus,* vsuras maiores illic sub conditione, si minores ad diem solutæ non fuerint, esse promissas: quo fiat, ut pecunia propter absentiam creditoris non soluta, ac proinde conditione secundum verba existente, vnà etiam stipulatio maiorum vsurarum committatur, quas tamen à debitore, qui solvere paratus fuerit, exigi æquum non sit, eoq; per doli exceptionem eidem succurri, *l. qui decem, ff. de solut.* Quia vero peræque conditio depræhenditur in textu *d. l. Celsus, d. l. arbiter Calendis, in fin. & d. l. trajectitia, vers. nam etsi,* differentiæ rationē tradit eam, quod in compromisso quidem sub conditione pœna promittatur, non tamen ea, si quis pecuniam certo die non solverit, sed hac, si non paruerit arbitri sententiæ, *l. diem, §. stari, & §. vlt. l. non ex omnib. ff. de recept. arb.* cui conditioni satisfecerit, arbitriq; sententiæ paruerit, qui certa die dare jussus, pecuniam, ut jussus erat, ad diem creditori obtulit, etiamsi ille accipere noluerit, cum arbitri sententiæ stare nihil aliud sit, quam id agere, quantum in ipso sit, ut arbitri sententiæ pareatur, *d. l. Celsus, §. penult.* quod is fecisse videtur, qui pecuniam obtulit. Pariter evitare conatur tex. *l. penult. ff. de naut. fœn.* quod in eo non sit responsum, pœnam non committi, sed, pœnam peti non posse, propter obstantem scilicet exceptionem doli, *l. nihil interest, ff. de reg. jur.* Sed in isthac Donelli conciliatione acquiescere tuto vix possumus. Etenim cum sententiæ parere nihil aliud sit, quam effectum dare quicquid per sententiam jusserit sive injunxerit arbiter, certe postquam per sententiam jussit arbiter certo die pecuniam dare, perinde est, ac si nominatim sive peculiariter sub ea conditione, si pecuniam præfinito die non solverit, concepta fuisset stipulatio, *arg. l. asse toto, ff. de hær. inst.* siquidem dispositio sese referens ad aliud quidpiam, suo sub ambitu idipsum continere dignoscitur, *l. ait prætor, §. 1. l. in summa, ff. de re jud. l. si ita scripsero, vbi Bart. Bald. & alij, ff. de cond. & dem. cum simil. alleg. per Tiraq. de legib. connub. gl. 7. num. 182.* Nec assignari facile congrua ratio poterit, cur in compromisso quidem sufficiat, egisse debitorem, quantum in ipso sit, ad evitandam pœnæ commissionem, in alijs non æque sufficere possit ac debeat: Siq; fecit, quantum in ipso fuit, qui pecuniam certo die dare jussus arbitri sententiá, pecuniam eo die creditori obtulit, sive solvere paratus fuit, etiamsi neq; consignarit, neq; deposuerit: quid caussæ quęso fuerit, quod cœteri debitores non ęque censeri debeant fecisse, quantum in ipsis fuit, quando pecuniam creditori die

solu-

ſolutioni destinato obtulerunt, ſive ſolvere parati fuerunt, licet eam non conſignarint, nec depoſuerint: Sin hi facta nondũ conſignatione ac depoſitione, nõ fecerunt, quantum in ipſis fuit, ut opinatur Donell. etiam compromittentem propter omiſſam conſignationis atq; depoſitionis ſolennitatem non egiſſe, quantum in ipſo fuit, agnoſcat oportet. Vt omittam, *d. l. arbiter Cal. in pr.* eſſe generaliter conceptam, nec ad compromiſsi pœnam in textu reſtringi. Similiter *in d. l. penult.* licet reſponſum non ſit, pœnam non committi, dum tamen perhibetur, peti pœnam nõ poſſe, neceſſariò ſimul indicatur & infertur, pœnam non eſſe commiſſam, quę ſi foret ipſo jure commiſſa, peti poſſet. Exceptio vero doli, etſi actionis ſive petitionis vim infringat, ut in effectu ferme nihil interſit, ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, quæ eſt ſententia *l. nihil intereſt, ff. de reg. jur.* tamen ut ipſa locum habere, & opponi poſsit, neceſſe eſt, actionem ipſo jure competere, debitum revera peti poſſe, *§. 1. inſt. de except. l. 2. ff. de excep.* cuius contrarium aſſerit Vlpianus in caſu *d. l. penult.* Finge tamen ſic evitari præcitata jura poſſe, reſponſioni tamen ad tex. *d. l. pecunia, §. vſurar.* per Donellum allatæ nihilominus obſtabunt reliqui textus ſuperius allegati, præcipue *d. l. trajectitia, verſ. nec aliter,* quibus utiq; negatur, commiſſam eſſe ſtipulationem, quando incidit aliquid in perſona creditoris, quo minus ei ſolveretur, etiamſi debitor paratus modo fuerit, aut obtulerit, non depoſuerit ad impediendam ſtipulationis commiſsionem. Accedit, quod etiamnum difficultas remaneat, nec minus quam prius urgeat, cum *in d. §. vſurar.* non tantum dicatur petenti exceptionem doli non inutiliter opponi, ſed & aſſeratur, nemine, cui pecunia ſolvatur, exiſtente, moram nihilominus licet inculpatam contrahi. Iam vero, niſi delictum ſive culpa quæpiam, ſine qua pœnæ locus eſſe nullus poteſt, *l. aliud fraus, vbi Dd. ff. de verb. ſign. Donell. in l. ſi homo, n. 7. ff. de verb. oblig. Bologn. in l. quod te, n. 29. ff. ſi cert. pet.* ſubſit, pœna committi nequit, *Bologn. lo. rel. Donell. d. l. ad diem, nu. 5. & 6.* cum è diverſo debitor omnis culpæ videatur expers, qui vel obtulerit, vel cum offerre non poſſet, ad ſolvendum paratus fuerit, & id egerit, quantum in ipſo fuit, ut ſolveret, *l. Celſus, verſ. idem ait, nihil ff. de recept. arb.* nec ſit, quod imputetur ei, qui ſolvere cum vellet, propter abſentiam creditoris non potuit, *l. cum quidam, §. ſi pupillo, ff. de vſur.* etiamſi pecuniam neq; conſignarit, neq; depoſuerit, quippe quod ad evitandam moram neutiquam requiritur, *l. qui decē, ff. de ſolut.* ſed fieri tunc demum eſt neceſſe, cum obligationem tollere debitor, ac ſeſe ab illius nexu omnimodo liberare cupit, *l. ſi creditrici, l. acceptam, & vtrobiq. Dd. C. de vſur.* Ac licet negari non poſsit, ad diem ſub pœna pecunia promiſſa, quandoq; committi pœnā citra moram debitoris, *vt eſt tex. in d. l. ad diem,* tum ſcilicet, cum à parte debitoris incidit impedimentum, quo minus ad ſoluendum ſua die paratus eſſe queat, *d. l. ad diem, l. 2. l. 4. & toto ferme tit. ff. ſi quis caut.* non tamen idem juris obtinere poteſt, quoties à parte creditoris intervenit impedimentum, quo minus ſolvi poſsit, quia cum per eum, cuius intereſt non dari fieri ve, quod conditio requirebat, fit, quo minus illud detur aut fiat, perinde habetur quo ad committendam obligationem, ac ſi reuera datum ſeu factum fuiſſet, *l. in jure civili, ff. de cond. & dem. l. in executione, §. vlt. ff. de verb obli. l. jure civili, ff. de reg. jur. l. Labeo ſcribit, ſi mihi, 50. ff. de contr. emt. cum concor. & vbiq. not. Dd.* Cuius porro conſequens eſt, pœnam ſub conditione, ſi datũ factum ve nõ fuiſſet, promiſsā nec ipſo jure committi, nec peti poſſe, *l. in illa, l. hoc jure, l. ſi ita quis, cum l. ſeq. ff. de V. O. cum ſimil.*
Quocirca † creditore vel recipere de- 81
bitũ nolente, vel nemine exiſtēte, cui ſoluatur, non modo moram contrahi nullā, ſed ne quidē vllatenus pœnam cõmitti, *d. l. trajectitia, & reliquis ſup. alle.*

idipſum

idipsum evidentissime comprobantibus, textumq; *d. l. pecuniæ, §. usurar.* eo demum casu intelligendum esse atq; procedere arbitror, quando per vtramq; partem, tam debitorem quam creditorem factum est, quo minus solveretur, quia scilicet a parte creditoris nemo fuit, cui solveretur, ut è verbis textus liquet, ac vicissim debitor eo die solvere noluit, vel ad solvendum paratus minime fuit, ita quidem, ut si maxime adfuisset, qui reciperet, neutiquam tamen debitor fuisset soluturus, & è diverso, quantumvis pecuniam offerre debitor & potuisset & voluisset, is tamen cui solveretur, plane defuisset. Etenim per debitorem quoq; stetisse, nec eum ita fuisse paratum ad solvendum, ut ad diem solutioni destinatum, si quis a parte creditoris advenisset sive comparuisset, pecuniam solvere potuerit atq; soluturus fuerit, sufficienter constat, cum ex eo, quod *in d. §.* agitur de debitore, per quem stetit, quo minus solveret: tum vero maxime, quia ICtus expressis verbis meminit moræ debitoris, cui certe illa minime tribui, nec vllo jure asscribi potuisset, si & loco dieq; solutionis adfuisset, & ad solvendum paratus, adeoq; soluturus omnimodo fuisset. Nec enim moratur in solvendo, sive moram solutioni facit, qui pecuniam vel obtulit, vel omnino soluturus fuisset, modo adfuisset aliquis, cui solveretur, siquidem vnaquæq; mora est frustratio sive cessatio quædam, *l. hominem, ff. mand.* quæ in debitorem offerentem aut solvere paratum cadere nulla potest, *l. vlt. ff. de lege commiss. l. qui decem, ff. de solut. cum simil.* Et quidem isto casu, quando tam per debitorem, quam creditorem stetit, quo minus die, locoq; præfinito solveretur, mirum non est, ipso jure committi obligationem, ut pœna, sive pœnæ loco promissum peti queat, cum negari non possit, & solutionem debito die locoq; non esse factam, & debitorem ipsum in caussa fuisse, quo minus solveretur, certissimumq; sit, non aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret, *d. l. traject. vers. nec aliter.* At creditor etiam in caussa fuit, quo minus solutio fieri potuisset, etiamsi debitor ad solutionem paratus fuisset. Fateor: sed ut impedimentum solutionis a parte creditoris interveniens non efficit, ne pariter etiam per debitorem, qui creditorem vel eius loco alium non fore compariturum plerumq; nescit, nec certo præscire sive rescitcere facile potest, steterit, neve is moratus in adornanda solutione fuerit, ita multo minus efficere valet, ne obligatio ipso jure committatur, quam omnino committi constat, nisi per debitorem non steterit, quo minus solveretur, *d. l. trajectitia, vers. nec aliter.* Quam tamen ipso jure nequit impedire commissionem, saltem exceptionis ope labefactat & elidit, *d. §. usurar.* tum quia cum par vtriusque caussa sit, ex quo per vtrumq; stetit, ac de damno quæratur, potius debitor immunis a damno conservari & absolvi debet, quam creditor sublevari, *l. Arrian. ff. de act. & oblig.* ut potentior ille sit, qui tenet, quam qui persequitur, *l. si servum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Tum quia dolo facit creditor, dum propter omissam debiti solutionem, quam ne fieri posset, ipsemet impedi,t, pœnam petit, *l. 1. junct. l. 2. §. & generaliter, & l. apud Celsum, §. Labeo etsi, ff. de doli excep.* Tum, quia culpari mora debitoris nequit, postquam diligentia sive præparatio ad solvendum, nihilo magis fuit solutioni profutura, *d. §. usurar.* Inculpata namq; mora esse dicitur, non quod omni prorsus culpa vacet, id quod natura moræ neutiquam admiserit, sed quia debitori nec imputari nec vitio verti potest, quod ad solutionem paratus non fuerit, quæ, si maxime voluisset, fieri minime potuisset, propter interveniens ab adversa parte impedimentum, *l. arbiter, Calenatis, ff. de recep. arb. l. si pupillis, §. vlt. vers. quanquam, ff. de nego. gest. cum simil. sup. adductis.* Cæterum † limitatio nostra lon- 82

ge fir-

ge firmius obtinet, quoties electio loci solutionis non in potestate debitoris, sed ipsius creditoris aut tertij alicuius est, qui ante diem solutioni destinatum de loco debitorem non reddit certiorem, vt ad illum veniresua die posit ac soluere: tunc enim, quia nihil omnino potest imputari debitori, qui soluere nequiuit adhuc nescius, vbi soluendum sit, *l. cum quidam, §. si pupilla, ff. de vsur.* & creditor ipsemet, aut tertius in caussa fuerit, quo minus debitori, vt par erat, locus innotesceret, *l. si quis arbitratu, ff. de verb. oblig.* insuper ex electione loci creditori vel tertio permissa deprehendatur à contrahentibus actum esse, vt assignato die soluatur ita demum, si debitori à creditore vel tertio locus, vbi soluere debeat, designatus fuerit, quandoquidem nisi diem præcesserit loci designatio, fieri nequit eo die solutio: in proposito autem tale quid ante diem non esse factum supponatur, certe debitor nec in mora diei lapsu constitui, nec ex eo die ad æstimationem quanti plurimi teneri poterit, *d. l. cum quidam, §. si pupillo, juncta d. l. si quis arbitratu, & l. in illa, l. hac iure ff. de verb. obl. Ita recte post alios censuit Alexand. consil. 45. n. 5. vol. 5. Cagnol. in d. l. vin. numer. 44. Zoannet. libro rer. quot. c. 145. nume. 5. & c. 48. nu. 2. Parisi. conf. 5. num. 47. li. 4. Natta conf. 570. nu. 14. to. 4. Carol. Mol. ad consuet. Paris. t. 2. §. 62. nu. 1. Menoc. cons. 132. num. 11. vol. 2.*

83 Postquam † vero dies ita inutiliter, citraq; solitum effectum præteriit, obligatio deuenit ad eum statum, quo fuisset, si die protinus ab initio caruisset, eoque debitor deinceps interpelletur oportet, vt in mora constituatur & ad æstimationem quanti plurimi teneatur, *Bartol. in d. l. item illa, num. 11. vbi cæteri, ff. de constit. pecu. Alex. conf. 94. nu. 12. lib. 1. M. Anton. Bauer. de mora, p. 2. num. 3. Gozad. conf. 66. num. 3. Menoc. cen. 650. num. 8. vol. 7.* nec aliud sensisse arbitror *panor. in c. licet Heli, num. 13. de simon. & Gab. Rom. d. concl. 9. nu. 18.* asserentes, quando creditor & debitor diuersi fori sunt, hunc in mora non constitui, nisi fuerit interpellatus: Nam si censuerunt interpellationem esse tunc quoq; necessariam, cum ad diem solutioni destinatum creditor comparet in loco debitoris pecuniam accepturus, eorum sententia probari minime potest, cum dies ipso pro homine satis interpellet, *l. potuit, ac loca, l. 2. C. de iure emph. l. magnam, C. de contr. stip.* abundeq; sufficiat, si creditor illuc veniens, accedat domum debitoris, aut si debitor eo loci domicilium non habeat, eundem in hospitio, quo diuerti, siue taberna, qua commorari, vel apud notos, & quibus in locis cum ijs conuersari verisimiliter solet, perquirat accipiendi debiti gratia, *Bart. post glos. in d. l. item illa, num. 12. vbi Bal. nu. 1. & reliqui, ff. de const. pec. Bal. in l. acceptam, nu. 27. C. de vsur. Ioan. ab Imo. in l. cum filiusf. §. vlt. n. 15. vbi Alex. nu. 3. communem attens, ff. de verb. obl. Abb. in c. significante, n. 10. de pignor. Iason in l. 2. num. 92. C. de iure emphyt. Bolog. in l. vinum, numer. 31. ff. si cer. pet.* Sunt † tamen casus, quibus is cui solui certo die debet, etsi 84
diuersi fori sit, in loco debitoris minime comparare, sed hic ad illius forum siue locum domicilij venire ibique præfinito die satisfacere debet, nisi lapsu diei moram incurrere, & ad æstimationem quanti plurimi teneri malit, puta, quando solutio commodum solummodo personæ concernit atque respicit, *l. quo ì nisi, cum l. seq. ff. de operis libert.* aut eo fine fit, vt soluenti vel obligetur alter, vel quidpiam acquiratur, *l. cum quidam, C. de condit. insert. l. penul. §. vlt. ff. de cond. & dem. vtrobiq. Dd. tradit q. post Guil. de Cun. Bartolus in d. l. item illa, num. 9. vbi Bald. num. 1. Castrens. nu. 13. Ioan. ab Im. ind. l. cum filiusf. §. vlt. num. 15. Abb. in d. c. significante, nume. 9. & 10. Natta consil. 1514. nume. 2. tom. 3.* vel quando fieri solutio debet ratione respectuque rei alicuius, vt puta, pro canone, *Bartol. in d. l. item illa, nu. 9. vbi Bal. numer. 1. & reliqui, ff. de constit. pecun. Aurel. Corbul. de iure emphyt. c. 15.*

c. 15, ampl. 14. Minf. cent. 3. obs. 95. dicens hoc plerosq; Dd. tenere, aut debitor creditori obsequium vel reuerentiam debet, *vt post Bald. in l. vlt. nu. 8. C. de condit. infert. & alios tradit Nau. d. conf. 514. nu. 4. & Carol. Molin. ad consuet. Parif. t. 2. §. 62. n. 3.* Sic etiam, quando debitum soluendum tam exiguum est siue modicum, vt creditor ferme plus esset consumturus, si ad locum debitoris proficisci, aut alium eò ablegare debiti recipiendi gratia teneretur, placuit nonnullis, debitori incumbere tali casu necessitatem soluendi in foro creditoris, *Bald. in d. l. acceptam, num. 38. C. de vsur. Iaf. in l. 2. n. 92. C. de jure emphyt.* Sed si maxime debitum sit modicum, necesse tamen haud fuerit, creditorem eius recipiendi gratia vel ipsummet illuc proficisci, aut alterum ablegare, cum facile procurare possit, vt quis alius negotiorum propriorum expediendorum gratia illuc alioqui proficiscens, aut eo loci habitans, ipsius nomine pecuniam in loco tempore debito recipiat, acceptamq; creditori postea nullo vel exili sumtu perferat siue transmittat. Quod si creditor plus esset impensurus, si in loco debitoris recipere teneretur, certe debitori quoq; plus foret impendendum, si in loco creditoris soluere deberet, id quod longe foret iniquius, cum ad sumtus, quos consequendi sine mora debiti gratia creditor expendit, debitorem sua die soluentem teneri tantum absit, vt ne quidem eo casu, quando debitor soluturus accedere domum creditoris alioqui teneretur, puta, cum vterque est eiusdem fori, suo sumtu rem debitam in creditoris aedes perferre curare teneatur, *l. 1. §. licet autem, ff. de peric. & com. rei ven. Bart. in l. 1. nu. 4. ff. de alim. & cib. leg. Cast. in d. l. item illa, n. 13. Lortor. in d. l. vin. n. 14.* Proinde verisimilius videtur, hoc quoque casu limitationi locum esse, per praedicta, vel eo magis, cum non obscure probetur, *per l. eam hi, §. caussa, vers. aut se à plurib. ff. de transact.*

85 Limit. 14. quando† pactum in obligatione fuit appositum, vt creditor ante diem admoneat officij debitorem siue interpellet: tunc enim omissa ante diem commonitione siue requisitione, debitor per diei lapsum in mora neutiquam constituitur, eoque nec ab eo tempore ad aestimationem quanti plurimi tenetur: *ita sensit gl. in l. ita stipulatus, verbo, certo die, & tradidit ibid. Bart. n. 1. Ang. Io. ab Im. nu. 6. Cast. n. 2. Aret. n. 4. Ripa n. 13. Socc. Iun. n. 65. ff. de verb. obl. Ang. in l. si insulam, ubi Ioa. ab Im. n. 28. Alex. nu. 19. Ripa, nu 47. Bol. nu. 120. ff. de verb. obl. Alex. cons. 45. in caussa & lite, vol. 5. M. Anton. Baver. de mora, p. 2. nu. 6. & 7. Gab. Roma. lib. 3. t. de folut. conc. 9. n. 4. Ioan. Guterius de contractib. juratis, c. 56. n. 3. 5. 6.* Nec immerito quidem, cum solutio non simpliciter ad diem relata fuerit, sed addita interpellandi siue certificandi conditione, quae cum à parte creditoris defecerit propter ipsius negligentiam, debitor ad diem non solvendo moram incurrere nequit, *arg. l. si quis ita stipulatus, ff. de verb. obl. & l. fideiussor obligari, §. stipulatione in diem, ff. de fideiuss.* Deinde quoties ab vtraque parte quid requiritur, altero non implente, si praesertim prior implere tenebatur, alter in mora constitui nequit, *l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. emt. c. frustra, de reg. jur. in 6. cum simil.* Vnde cum in proposito requiratur, vt creditore ante diem interpellante debitor ad diem soluat, illo in mora interpellandi existente, hic moram diei lapsu incurrere minime potest. Neq; vero debitori non interpellato justa deest caussa, qua sese à mora excuset, cum vt plurimum adijci soleat id pactum à debitore juste verente, ne aliis praepeditus occupationibus appositi diei oblivisc atur, adeoque creditor non interpellando ante diem secundum conuentionis legem, tacite quodammodo videatur debitori gratiam facere differendi solutionem vltra diem, vsque dum ipsius creditoris è re fuerit interpellando exigere debitum. Denique notissimi juris, diem ideo moram inducere, quia creditor illius

illius appositione protinus ab initio tacite debitori denunciat, sese desiderare, ut ad diem destinatum solutio fiat, quam etiam ob caussam dies ipsa pro homine dicitur interpellare *in c. ult. de locat.* Atqui cum paciscuntur contrahentes, ut à creditore debitor prius interpelletur, satis eo ipso manifeste ostenditur, creditorem appositione diei nihil aliud agere, quam ne teneatur vltra diem destinatum invitus expectare solutionem, non etiam tacite denunciare, ut destinato die solvatur: alioqui si talis interpellatio tacita ab initio intervenisse censeretur, aut dies in mora debitorem constitueret, etiamsi creditor spreta conventionis lege ante diem non interpellauerit, plane supervacaneum atq; frustratorium foret pactum de interpellando ante diem, nec quicquam operaretur, cum tamen vnaquæq; dispositio sic intelligi debeat, ne sit inutilis & supervacanea, sed aliquid operetur, *l. si quando, ff. de lega. 1. c. si papa, de priuil. in 6. cum concor. Crauett. de indem. mul. nu. 29. Menoch. consil. 152. num. 41. lib. 2.*

EXERCITATIO DECIMATERTIA.

De mora per interpellationem extrajudicialem inducta, & æstimatione ad tempus illius reducenda.

SVMMARIA.

1. *Recensentur fundamenta interpretum ex tempore petitionis extrajudicialis rem æstimari debere negantium.*
2. *Quorum aliqui contendunt, etiam in bonæ fidei judicijs id obtinere.*
3. *Contraria sententia defenditur.*
4. *Disputatur de sententia* l. hominem, ff. mand.
5. *Rationes diuersitatis inter æstimationem, & fructus cæterasq; accessiones.*
6. *Respondetur fundamentis initio adductis.*
7. *Tanti æstimanda res debita, quanti post interpellationem plurimi valuit.*
8. *Contra creditorem in mora constitutum à tempore oblationis protinus habetur æstimationis ratio.*
9. *Aestimatio refertur ad tempus moræ per interpellationem extrajudicialem contractæ, sive species certa, sive res in genere, sivo quantitas debeatur.*
10. *Tempus moræ per extrajudicialem petitionem inductæ præ tempore litis contestatæ quoad æstimationem attendendum.*
11. *Etiam in obligationibus faciendi.*
12. *In quibus haud refert, sive creditoris deinceps pluris, sive minoris, aut nihil intersit.*
13. *In æstimatione respiciendum atq; comprahendendum non modo quod rationi præteriti sive præsentis, sed & quicquid ratione futuri temporis creditoris interest.*
14. *Debitor interpellatus moram incurrit, & ad æstimationem quanti plurimi tenetur, etiamsi creditor prius in mora fuit.*
15. *Interpellatio facta verbis enunciatiuis in mora constituit.*
16. *Contraria quorundam sententia refutatur.*
17. *Vnica interpellatio debitorem in mora constituit.*
18. *Contraria Corasij sententia refutata.*
19. *Quando non sufficiat vnica interpellatio judicis arbitrio æstimandum relinquitur.*
20. *Sufficit ab inferiore superiorem semel interpellari.*
21. *Vnica interpellatio minorem etiam in mora constituit.*
22. *Debitore non extante creditor ipsum testatione complecti debet, ut pro petitione id cedat.*

23. *Sufficit, interpellari procuratorem habentem speciale mandatum, ut creditoribus exigentibus solvat.*
24. *Secus in procuratore certæ rei, vel generali absq; libera.*
25. *Debitor absens, cui per suos acnunciatur interpellatio creditoris, si revertus iterum interpelletur, in mora constitutus videtur protinus ex eo tempore, quo absens cognita solutionis flagitatione soluere neglexit.*
26. *Contestatio non sufficit, nisi debitor postea existens ac potestatem sui faciens interpelletur.*
27. *Pupillo & minori mora fit etiam citra interpellationem.*
28. *Eo ipso tempore, quo minor obligationem antecessori quæsitam succedendo suscipit, tacite videtur interpellari debitor.*
29. *Etiam in stricti juris contractibus mora minori re ipsa fit.*
30. *Requiritur interpellatio, quando minor tacite vel expresse indeterminatam dilationem ad solvendum concessit.*
31. *In deposito minori non fit mora, nisi repetenti non restituatur.*
32. *Ecclesiæ, fisco, Reipub. furiosis, mente captis & prodigis reipsa mora fit.*
33. *Mora minori reipsa facta cessat impletis 25. annis.*
34. *Rationes adducuntur pro sententia negantium debitorem ob moram reipsa fauore creditoris inductam teneri ad æstimationem quanti plurimi.*
35. *Contraria defenditur.*
36. *Administrantes bona sui creditoris, nisi soluerint, quam primum rebus creditoris expedierit, ad æstimationem quanti plurimi tenentur.*
37. *Qui ex natura officij dare facere tenetur, etiam citra interpellationem in mora constituitur.*
38. *Prout etiam is, qui promisit factum indeterminatum, assiduam ferme ipsius promissionem requirens.*
39. *Interpellatus à procuratore generali, vel ad exigendum constituto moram incurrit.*
40. *Prout etiam interpellatus à negotiorum gestore.*
41. *Vel à conjuncta persona.*
42. *Malæ fide sed absq; detictio possidens per interpellationē demum in mora constituitur.*
43. *Nisi nesciat, rem esse interpellantis.*
44. *Alternatiue obligatus & interpellatus in mora constituitur, & ad æstimationem quanti plurimi tenetur.*
45. *Contraria Saliceti sententia refutata.*
46. *Asserens se soluere nolle citra interpellationem incurrit moram.*
47. *Interpellatio non illico moram inducit, sed elapso modico tempore.*
48. *Quod arbitrio judicis æstimandum relinquitur.*
49. *Oblatio creditorem illico non expectato modico demum tempore in mora constituit.*
50. *Interpellatio non oportuno loco aut tempore facta non facit æstimationi locum.*
51. *Vti nec ea, quæ fit soli pupillo.*
52. *Aut minori curatorem habenti.*
53. *Minorem, qui curatorem non habet, interpellari solum sufficit.*
54. *In his quæ seruando seruari possunt, quando minor curatorem non habens moram committat.*
55. *Non sufficere, si pupillus, qui tutorem non habet, aut furiosus qui curatore destituitur, solus interpelletur, aduersus Donellum ostenditur.*
56. *Quid creditori tali casu faciendum?*
57. *Promittens soluere, quando commode poterit, si prius interpelletur, quam commode soluere possit, in mora non constituitur.*
58. *Quando commode solui possit.*
59. *Interpellatus super debito non liquido, moram non incurrit.*
60. *Nec interpellatus super debito, in quo jus retentionis habet.*

61. Etiamsi

61. *Etiamsi verbotenus offerre prætermiserit.*
62. *Interpellatus moram incurrit, quando per ipsum stat, quo minus debitum fiat liquidum.*
63. *Petitio partis liquidæ non soluentem in mora constituit.*
64. *Interpellatus simpliciter ad totum, parte liquida non soluta, moram non incurrit.*
65. *Contraria sententia refellitur.*
66. *Casu tamen vno sustinetur.*
67. *Difficultas excusat moram.*
68. *Cessante difficultate noua non requiritur interpellatio.*
69. *Iusta caussa differendi solutionem impedit moram.*
70. *Qualis ad moram culpa requiratur.*
71. *Iuramentum non facit locum æstimationi quanti plurimi.*
72. *Sententia communis improbatur.*
73. *Quando sustineri possit, ostenditur.*
74. *Extrajudicialis interpellatio super eo quod officio judicis debetur, moram non inducit.*
75. *Opposita Bolegneti refertur & refutatur opinio.*
76. *Obycitur* l. in fideicommissi, in pr. ff. de vsur. *& ad eam respondetur.*
77. *Recensetur & reycitur opinio asserentium, extrajudiciali interpellatione super his, quæ judicis officio mercenario debentur, moram induci.*
78. *Contraria defenditur.*
79. *Quæ judicis officio mercenario debentur, periculo creditoris intereunt vel deteriora fiunt ante litem super eis contestatam.*
80. *Bonæ fidei possessor extrajudicialiter interpellatus ad æstimationem quanti plurimi neutiquam tenetur.*
81. *Nisi euidenter ei ostenderit interpellans, rei sese dominum esse.*
82. *Opponitur* l. item veniunt, §. petitam, & l. sed etsi, §. si ante, ff. de pet. hered. *& ad easdem respondetur.*



Quoties in contractu vel dispositione solutionis dies non est assignatus, ex eo tempore quidq; æstimari oportere Iulianus ait, quo petitum esset, *l. vinum, ff. si cert. pet.* Verum quia petitionis verbo sæpe designari solet, etiam quæ fit extra judicium, & præcedere judicium plerumque solet, *l. si decem, l. si ita quis promiserit, ff. de verb. oblig.* exoritur apprime controuersa quæstio, vtrum ad tempus extrajudicialis petitionis siue interpellationis reduci debeat æstimatio? Et quidem † ex eo tempore debitam rem æstimari nequaquam debere, censuerunt ex antiquioribus *Martin. & Guido de Suzaria, quos refert et sequitur Alberic. de Rosa. in d. l. vinum, vbi tenent idem, Fulgos. num. 4. Franc. Aret. num. 2. & 4. Paulus Picus num. 11. Decius n. 5. Purpurat. Alciat. nu. 6. Loriot. nu. 16. 42. & 48. Coras. nu. 2. vers. decisionis, & n. 11. Donell. nu. 5. 6. 7. 14. & seqq. Alciat. de eo quod interest, c. 5. nu. 23. Caitanus de eo quod interest, c. 5. Loriot. in apicib. 5. de eo quod interest, ax. 48. & in l. quatenus, vers. ego respondeo, & vers. inprimis in strictis juris, ff. de reg. jur. Duar. ad t. ff. si cer. pet. c. 8. Ferret. de mora, nu. 31. vers. non pauci. Stephan. Forcatulus de mora, p. 2. n. 4. 5. & 6. Ioann. Saporta de mora, c. 3. nu. 80. cum 3. seqq. Donellus in l. quoties in diem, n. 3. & 6. ff. de ver. obli. Ioan. Vandus variar. quæst. lib. 1. q. 41. Ant. Faber lib. 16. conject. c. 3. & de error. pragm. decad. 16. err. 1. & 3. Andreas Fachin. lib. 2. controuers. juris, c. 74.* Probatur hæc sententia primum quidem textu *d. l. vin.* vbi verba *cum petitum esset*, quibus vtitur Sabinus in decisione, non nisi de judiciaria petitione accipi posse videntur, tum, quia petendi verbo hæc sola petitio proprie significatur, *l. amplius, ff. rem rat. hab. Aret. in d. l. vin. n. 2. vbi Alciat. nu. 6. Donell. n. 5. & 19.* tum, quia facti species

 ita

ita nominatim proponitur, ut vinum per judicem petitum fuerit, & secundum propositam facti speciem decisionem subiectam constat esse intelligendã, nec extra fines eius ad casum alium non omnino congruentem regulariter extendendam, *l. qui testamento. ibi, si nihil aliud, ff. de test. l. furiosum, C. qui test. fac. l. damni infecti, 43. vers. & quod in stipulatione, ff. de dam. infec. l. commodissime, ff. de lib. & post.* tum, quia petitio secundum potiorem sui significationem denotat eam, quæ fit in judicio, *Bolognec. in d. l. vin. n. 17.* & vnumquodq; verbum in potiore sive potentiore significatione venit accipiendum, *§. sed quoties, inst. de jure nat. gent. & ciu. l. 1. §. biduum, ibi gl. ff. quando appell. sit, Hipp. de Mars. in l. de minore, § plurimum, nu. 3. & 112. ff. de quæstio. Coras. in l. seruitutes prædior. in pr. n. 14. ff. de seruit.* tum, quia manifestum est, Iulianum proposita quæstione sive præmissa interrogatione non de tempore cuiusvis interpellationis, sed nominatim de tempore litis contestatæ, non de alia petitione, quam de qua interrogabatur, respondere voluisse, ut interrogationi responsio conformis esset, atq; congrua, *§. præterea, inst. de inut. stip.* tum, quia idem juris est de temporis, ac de loci petitione, *d. l. vin. & l. vlt. ff. de cond. trit. & vtrobiq. Dd.* Sola vero judicialis loci petitio in æstimatione debet attendi, *l. 3. § si per ven. ff. de act. emt.* Igitur & sola temporis judicialis petitio, *Loriot. in d. l. vin. nu. 16.* Secundò per tex. *l. vlt. ff. de condic. trit.* quo si quid in *d. l. vin.* ambiguitatis esset, plene declaratur. Proponitur illic eadem facti species & quæstio: quæque in *d. l. vin.* a Iuliano recitatur Sabini sententia, ita subijcitur & explicatur ibidem, ut si de die nihil conuenerit, tanti litem æstimandam esse dicatur, quanti tunc, cum judicium acciperetur. Tertiò per eos juris nostri textus, quibus pro regula traditum reperitur, in stricti juris judicijs tempus litis contestatæ quoad æstimationem spectari, *l. 3. §. in hac, ff. commod. l. hominem, ff. mand. l. fundum, ff. de nouat.* *idemq́, patet etiam ex l. cum fundus, vbi Dec. Alciat. & alij, ff. si cert. pet. & l. 2. ff. de vsur.* Quod si litis demum contestatæ, certe non interpellationis extrajudicialis tempus petitionem judicialem præcedere solitum spectari debet aut potest. Quartò per *l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* vbi cum ædilium edicto, quo verbis expressis edixerant, ut si quid post venditionem atq; traditionem deterius opera emtoris, familiæ, procuratoris ve eius factum esset, resarciretur, eaq; ratione æstimationis diminutæ ratio haberetur, agat ICtus, & edictum ea de mutatione æstimationis, quæ fit ante acceptum judicium, doceat esse intelligendum, aperte profitetur, necesse fuisse, ut nominatim ea de recauerent ædiles: id quod minime fuisset necessarium, si præter diem solutioni dictum, tempore quopiam anteriore, quam sit accepti judicij, haberi de jure posset æstimationis ratio. Quintò per *l. videamus generatim, §. si actionem, ff. de vsur.* Si actionem, inquit Paulus, habeam ad id consequendũ, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit. Atqui si vllam rei petitæ accessionem præstari æquum esset, certe fructus æquum esset præstari, quippe ex re nascentes, eiusq;, dum pendent, partem constituentes, *l. fructus pendentes, ff. de rei vend.* & in accessionum, quoties præstari solent, numero locum præcipuum obtinentes, *l. 1. §. ex die, ff. de vi & vi arm.* Eos vero cum constet, etiamsi facta sit mora, ante litem contestatam non esse præstandos, nec id quidem alia de caussa, quam quod re aliqua in obligationem deducta, ipsa res debeatur, non fructus, *l. si filius f. §. vlt. ff. de verb. obli. vbi præ cæteris Donell.* longe minus à tempore moræ ante litem contestatam præstandum erit rei pretium, quod nec ipsum fuit obligatione comprehensum, nec rei partem constituit, nec ex ea percipitur, vti fructus, sed creditoris negotiatione, *l. vendicor, vers. pretium enim, ff. de here. vel act. vend.*

Sextò:

Sextò: Quæcunq; res non debetur, eius nec æstimatio deberi potest, siquidem hæc propter illam eiusq; loco præstatur, *l. in re furtiua, ff. de cond. furt.* Quoties autem genus aut quantitas in obligatione versatur, res eius temporis, quo quis extra judicium interpellatur, neutiquam debetur, siquidem cum res in genere debeatur, nec tempus extrajudicialis interpellationis obligatione comprehensum sit, tam dici nequit, rem eius temporis esse debitam, quam in rei veritate non licet asserere, vllius alterius temporis obligatione minime contenti rem in obligatione versari: Quod enim generaliter promittitur, incertum promittitur, *l. cum incertum, ff. de legat. 1. l. 2. §. 1. l. in executione, §. pro parte, ff. de verb. oblig.* hoc est, non hoc aut illud individuum eius certum, sed infinite, & indeterminatè, vt in debitoris electione regulariter sit, quam illius generis speciem solvere malit, *§. præterea si quis, inst. de act.* Vnde si tempus in obligatione sit asscriptum, eius quidem temporis res omnino debetur, *d. l. vin. d. l. vlt. ff. de cond. trit.* Si tempus in ea solutioni destinatum non sit, ac debitor licet interpellatus, non solvat, necesse est, ut in judicio petatur: in hanc petitionem reus ipse consentit accipiendo judicium, cui tacita inest conventio, *l. 3. §. idem scribit, ff. de pecul.* ut tale quodq; præstetur, quale est, cum petitur, *l. 2. ff. de usur.* Vt igitur subsistente generis aut quantitatis obligatione, res eius temporis, quo petitur extra judicium, non debetur, ita nec illius æstimatio ex eodem tempore ineunda deberi potest. Septimò: Æstimatio rei debitæ cum in ipsam obligationem deducta non sit, jure actionis exigi nequit, officio saltem judicis actioni principaliter intentatæ inserviente inducitur, *l. centum Capuæ, ff. de eo quod cert. loc. l. si quod ex Pamphila, vbi Dd. ff. de lega. 2. l. semper, §. officio, ff. quod vi aut clam, l. si seruum, §. vlt. ff. de verbor. oblig. tradunt q; plerig; Dd. in d. l. vin. post tex. ibid.* & communem esse sententiam testatur illic Bologn. *num. 80. & 83. vers. conclude igitur.* Officio vero judicis deberi nequeunt, quæ litis contestationem præcedunt, cum emergentia prius quam judicium accipiatur, ad judicis officium minime pertineant, *l. aediles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* nec judex esse posit per id tempus, quo judicio non est actum, & in futurum deduci nequeat judicium, de quo non est actio jure constituta, *l. extat, ff. quod met. causs.* Ergo rei debitæ æstimatio, quæ tempore interpellationis petitionem judicialem præcedentis erat, non deberi potest, nec præstanda venit. Octavò: Ex eo tempore vnumquodq; demum æstimatur, quo novissime solvi potuit, *l. si Calendis, ff. de re jud.* Tempus autem petitionis extrajudicialis non est illud, quo novissime solvi potuit, cum postea quandocunq; debitor offerendo rem purgare moram posit ante litem contestatam, *l. illud, ff. de peric. & com. rei vend. l. qui decem, ff. de solut. l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* vsq; adeo ut creditori sit imputandum, quod litem contestatus non fuerit, *l. si insulam, ff. de verb. oblig.* Non igitur ex tempore petitionis extrajudicialis æstimari debitum poterit. Nonò, si ex tempore moræ per interpellationem extra judicium contractæ res debita foret æstimanda, sequeretur, ICtos non modo frustra vel potius inepte tot temporum meminisse, cum suffecisset vno verbo aperte dixisse, tempus moræ spectandum, verum etiam in enumeratione temporum, quod præcipuum erat, videlicet moræ per interpellationem extra judicium inductæ silentio præterijsse. Hoc vero eum de ICtis nostris minime sit præsumendum, verum esse non poterit antecedens, vnde sequitur. Decimò: Mora nullius effectus est in strictis judicijs nisi ad perpetuandam obligationem, *l. si ex legati, ff. de verbor. oblig.* non etiam ad retinendam æstimationem, quæ moræ tempore maior fuit, cum non idcirco æstimatio cœperit

 esse

esse in obligatione, sed res ipsa, quandiu præstari potest, quamvis longe vilior facta proponatur: *Ita præ cæteris Faber de error. pragm. deca.16. err.8.* Ac licet Aret. Dec. & pleriq; Dd. sup. allegatorum hanc sententiam restringant ad judicia stricti juris, in contractibus bonæ fidei secus esse statuant:
2 non desunt tamen, qui † in judiciis etiam bonæ fidei, si sit obligatio generis aut quantitatis, idem juris esse velint, *Loriot. in d. l. vin. n.32. & ibid. Donell. n.14. ff. si cer. pet. Donell. in l. quoties in diem, n.5. ff. de ver. oblig. Vaudus d. q.41.* cum quæ postremo loco fuerunt allatæ rationes quatuor, non minus bonæ fidei, quam stricti juris judicia concernere videantur, nec in venditione, quæ principem in bonæ fidei contractibus locum tenet, ad alia tempora referatur æstimatio, quam quo venit, hoc est, ad diem sive tempus solutioni destinatum, quove lis in condemnationem deducitur, *l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt.* id quod non tempore demum sententiæ ferendæ, sed accepti judicij protinus fieri dignoscitur. *l.2. in pr. ff. de except. Alciat. in d. l. vin. n.33. Loriot. n.49. Donell. n.26.* Etsi
3 vero † fundamenta congesta maximi ponderis esse videantur, tamen in præsenti controuersia contrarium, ut juri magis consentaneum amplector, & ex tempore moræ per interpellationem extrajudicialem contractæ, si dies non fuerit solutioni destinatus, unamquamq; rem debitam æstimari oportere censeo: *Fuit hæc sententia Ioannis, quem sequitur Accurs. in d. l. vin. ubi Bart. n.2. & 5. Bald. nu.1. & 7. Salic. n.1. & 5. Castr. n.6. & 7. Alex. nu.7. Ias. n.18. Soci. n.2. Zas. n.7. & 14. Cagnol. nu.14. & seqq. qui nu.17.* communem & veriorem *dicit Curt. n.11. Bolognet. n.121 dicens* communem *ac tenendam, & nu. 17. 18. gl. Bart. & Dd. in l. in hac, ff. de condic. trit. & in l. 3. §. in hac, ff. commod. Bart. in l. quoties in diem, num.1. ubi Ioa. de Imol. num.1. & 2. & reliqui Dd. nec non ex recentiorib. Cuiac. ff. de verbor. oblig. Cuiac. ad Afric. tr. 8. in l. hominem, ff. mand. Baro in manual. lib. 7. c. 22. Bellon. lib. 1. supput. jur. c. 17. Hotom. illustr. quæst. lib. q. 16. regula 4. Mudæus ad t. de act. emti, c. de mora, num. 7. Pacius ἐναντιοφ. cent. 3. q.72. Bronch. ἐναντ. cent. 1. assert. 65. idem q. sensisse videtur Molin. ad l. un. maxime, q. 3. num. 103. C. de sent. quæ pro eo quod int. & hanc sententiam testantur esse* communem, crebriusq; receptam *Aretin. Decius, Alciat. & alij plerique sententiæ prioris propugnatores lo. 14 sup. rel.* quæ sequentibus fundamentis comprobari potest: Primùm per tex. *l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de act. emt.* ubi mora per debitorem facta, quæ certe non minus per interpellationem, quam diei lapsu vel contestatione litis inducitur, omnis utilitas creditoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit: Quare cum quanti res tempore interpellationis valuit, procul dubio in utilitas circa ipsam rem consistens, ut ex eodem textu liquet, in æstimationem venire omnimodo debebit. Et quorsum Paulus proposuisset, moram esse factam, nisi ex tempore moræ, quocunq; modo primum commissa fuerit, utilitatem rei æstimari voluisset. Negat quidem *Donell. in d. l. vin. n.18.* ex responso Pauli sequi, creditorem consequi pretium eius temporis, quo mora facta est, cum sint alia multa tempora, quorum pretium præstari possit. Nec diffiteor ex verbis vers. *nam pretium,* quæ sola Donell. arripuit, tale quid non recte colligi. At cum rei pretium, quod tempore moræ maximum fuit, utilitatem esse consistentem circa rem, sit extra controversiam, necessario certe concluditur, illius temporis pretium esse præstandum creditori, cuius omnis utilitas in æstimationem venit. Addit, Paulum negare, tempus moræ spectandum esse, cum ait, non fieri maiorem obligationem, quod tardius agitur. Sed cum ICtus hoc adducat pro confirmatione eius quod proxime dixerat, creditorem non consequi utilitatem, quæ non circa rem consistit, quantumvis ei propter moram debitoris

abstit,

absit, pretium puta seruorum fame necatorum, non video, qua ratione possit inde confici, Paulum inficiari, tempus moræ per extrajudicialem petitionem inductæ spectandum esse. Et quidem ea Pauli verba nequaquam ad æstimationem quanti plurimi referri posse vel debere, manifeste sequentia declarant, quibus aperte contrarium de ea profitetur, asserendo crescere obligationem, si vinum hodie sit pluris. Nec tamen inficias iuerim, obligationem tali casu non in sese, sed eatenus tantum crescere, quatenus officio judicis ea super obligatione cognoscentis haberi debet æstimationis ratio, *l. centum Capue, ff. de eo quod cert. loc. l. si quod ex Pamphila, ff. de lega. 2. fac. l. quæro, ff. loca.* Tandem Paulo Pomponium opponit in *l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt.* cuius verba *quo venit* cum Donellus fateatur esse intelligenda de die traditioni destinato, eoq; casu, quo dies in contractu fuit assignatus, hominis interpellatione, præsertim ad moram inducendam, minime sit opus, merito quidem Pomponius tempus extrajudicialis petitionis, cui locus in ea facti specie quam Donellus ipse constituit, vix esse potuit, omittit, nec tamen illud in alio casu, quando traditioni dies non est destinatus, quo ad æstimationem esse spectandum negauit. Secundo tex. est æque notabilis *in l. cum res, in princ. ff. de legat. 1.* Similiter asserens, mora hæredis intercedente, id quod fieri dignoscitur, simul atque non solvit interpellatus, *l. Titia textores, in fin. ff. de lega. 1.* vtilitatem omnem præstandam, sub qua æstimationem quanti plurimi contineri, cum per sese planum, tum etiam liquido patet ex *d. §. cum per vend.* Nec restringi textus ad rem certam sive speciem potest, cum res etiamsi propria testatoris fuerit, in genere relinqui sæpenumero consueuerit, si scilicet incerta de certis eiusdem generis, puta, determinata quæpiam quantitas ex frumento, quod testator tempore mortis habuerit, legetur, & ICtus rei propriæ testatoris non alio fine meminerit, quam ut eo minus ambigendum esset, hæredem, nisi rem legatam in bonis hæreditarijs repertam soluat interpellatus, moram facere, prout etiam eadem de caussa subdit, *& copiam eius habet,* ne si copiam eius nondum haberet, neque confestim habere posset, eo prætextu citra moram differre solutionem valeret. Verum quia textus vterque ponderatus evitari ab ijs, qui priorem sententiam in judicijs tantum stricti juris tuentur, nullo ferme negotio potest, cum agat ille de venditione, quæ bonæ fidei contractus est, hic de legato, quod bonæ fidei judicijs æquiparari videtur, *l. in minorem, C. in quibus causs. in int. restit. l. si seruus, §. cum quid, ff. de legat. 1.* subjungamus oportet alias cum leges, tum rationes, quibus eadem sententia non minus in stricti juris quam bonæ fidei judicijs evincatur. Ostenditur itaque tertiò per *l. in hac, ff. de condict. tritic.* qua rei per condictionem triticariam, quæ stricti juris est, petitæ æstimationem, ad tempus moræ, quam per extrajudicialem interpellationem induci constat, reducendam esse, Marcellus & Vlpianus aiunt. Sed hanc legem alioqui generaliter loquentem *Alciat. quidem in d. l. vinu. numer. 13. & ibid. Donell. numer. 17.* ad res in specie debitas restringunt, exemplum servi post moram eluscati potissimum vrgentes, contra quos eandem generaliter, de rebus etiam in genere debitis intelligendam esse firmiter in exercitationis præcedentis limitatione prima commonstrauimus. Aliud subterfugium quæsiuit *Aretin. in d. l. vin. quem sequuntur Loriot. in d. l. quatenus, & Duaren. d. c. 8.* interpretantes eam de bonitate rerum intrinseca, cui si quid post moram decesserit, habendam æstimationem, quanto res deterior facta sit. Quæ interpretatio, quia subsistere non potest, nisi *d. l.* ad res in specie debitas coarctetur,

cum in genere debita deteriora quoad intrinsecam bonitatem fieri non possint, *l. in ratione, §. incerta, ff. ad leg. Falcid. l. inventium, C. si cert. pet.* eversa illa, quam dixi restrictione, simul ipsa coincidat oportet, vel eo magis, cum in *d. lim. 1.* sufficienter ostensum sit, rem tunc quoq; deteriorē fieri, quando bonitate intrinseca salva remanente, rei valor decrescit: quo obtento, removetur id, quo præcipue Duarenus nititur, quia rem, nisi bonitas eius intrinseca decreuerit, non fieri deteriorem posse tam præsuppofuit, quam credidit. Et certe cum regulariter non magis mutationis in bonitate intrinseca, quam in solo valore contingentis ante moram ratio habeatur, *l. penult. ff. de rei vend. l. plerumq; cum l. seq. ff. solut. matr. l. si servus, §. rupisse, ff. ad leg. Aquil. l. 3. §. Divus, ff. de iure fisc. & simil.* ac detrimentum creditor peræque sentiat, sive propter diminutam bonitatem intrinsecam res post moram facta sit deterior, sive citra illius diminutionem valor solus a tempore moræ decreuerit, in pari caussa non video, quæ tanta possit esse ratio diuersitatis, vt illo saltem, non æque altero casu detrimentum post moram creditori resarciri debeat.
4 Quartò † per *l. si mim. m, ff. mand.* vbi Africanus de æstimatione rei disceptans, ad quod tempus referenda. sit, tempus quidem, quo agitur, spectari dicit in stipulatione stricti iuris contractu, subjecta tamen in modum restrictionis conclusione nostra, nisi scilicet mora præcesserit, qua intercedente temporis eius æstimationem præstari æquum, ne cuiquam frustratio sua prosit. Estq; locus hic eo notabilior, quo manifestius ostendit, regulam de spectando quoad æstimationem litis contestatæ tempore pluribus locis inculcatam, cum hac ipsa restrictione, nisi mora præcesserit, intelligendam esse, *l. ut gradatim, §. 1. ff. de mune. & honor. l. penul. §. de vna, ff. de ritu nupt. l. 2. C. de noxal. act.* vel eo magis, cum lex vna declaret atq; restringat aliarum dispositionem, quantumvis in ea minime reperitam, *l. 1. §. lex Falcidia, ff. ad leg. Falcid. cum similib.* & sufficiat alicubi semel expressum reperiri, quod plurium locorum declarationi sive limitationi venit accommodandum, *§. ex hoc tamen, vers. at nec. inst. de lege Aquil. l. vtrum, vbi Bart. ff. de pet. hered.* Nec est, quod quis ex principio legis colligat, Africanum de re certæ debito saltem agere, qui exempli gratia in facti specie proponenda meminit hominis certi, non ut in debito generis aliud juris esse innueret, *l. si is qui, § sive, ff. mand.* sed ut occasionem sibi pararet inferendi ad casum mortis: tum etiam, ut de æstimatione temporis solutionis, ad quod referri debet, eo rectius constaret, ne ve posset eludi sub prætextu, reum vilioris rei solutione liberari tam potuisse, quam debuisse, *l. si ejusdem fine, ff. mand.* Adde quod ab initio proposita facti species primo tantum legis responso, quod est a præcedenti diss... tione alienum, congruit, non a... pro confirmatione sententiæ nostræ adducto. quod cum nec facti speciem præmissam habeat, nec rei certæ nominatim fuerit accommodatum, nedum ad eam vllatenus restrictum, sed generaliter & indistincte sit prolatum atq; conceptum, adeoq; regulam, quam alioqui generalem esse, & in genere intelligi necesse est, *l. 1. vbi gl. & Dd. ff. de reg. jur.* contineat, vtique non minus generis & quantitatis, quam certæ speciei stipulationes ambitu suo complectetur atq; concernet, *l. prospexit, vers. ipsa igitur, ff. qui & à quib. l. 1. §. generaliter, ff. de lega. præst. cum simil.* Multo minus ex verbis Africani, *quo minus sua die solveret*, inferre licet, eum de mora solum per dies lapsum inducta loqui, ut eruditissimus Faber existimat, *lib. 16. conjectur. c. 7. & 8. & de err. pragmat. decad. 10. err. 1. & Fachineus lib. 4. controuers. jur. d. c. 74.* Sua namq; dies perhibetur, non ea modo, quæ solutioni per contractum præstituitur, sed generaliter illa, qua solvi debuit, vt recte post alios interpretatur *Donell. in l. in hac, nu. 25. vers.*

verſ. ait autem, ff. de condic. trit. Solvi autem citra dilationem debuit, non tantum die ſolutioni deſtinato, verumetiam die, quo niſi ſolvatur, propter hominis interpellationem mora contrahitur, *l. mora, ff. de vſur. l. ſi ex legati, ff. de ver. obli. vtrobiq; Dd.* Et quidem nihil intereſſe quoad Africani deciſionem, qua ratione mora contrahatur antequam agatur, dilucide ratio ab eo ſubjecta monſtrat, quod fruſtratio ſua nemini prodeſſe debeat, quæ tamen profutura foret interpellato, ſi ad æſtimationẽ quanti plurimi ante litem conteſtatam minime teneretur. Et quorſum Africanus moræ litis conteſtationẽ præcedentis caſum excepiſſet, ſi tempus litis conteſtationem antecedens non ratione moræ, ſed quatenꝰ id pars obligationis eſt, ſive quatenus obligatione comprehenditur, quoad æſtimationẽ attendendum eſſe cenſuiſſet. Faber autem, quo minus eo de caſu Africani reſponſum intelligat, quando res debita non deterior eſt facta, ſed vilioris tantum æſtimationis, ea ratione mouetur, quod mora facere non poſſit, quin promiſſor eam ipſam ſpeciem dando liberetur, nec proinde quærendum ſit de æſtimatione, cuius petitioni aut præſtationi locus relinquitur non aliter, quam ſi res ipſa præſtari nequeat: cum e diuerſo Africanus euidenter eum caſum tractet, quo æſtimatio petenda, aut ſaltem præſtanda ſit. Sed obſeruandũ, æſtimationis præſtationi locum relinqui nõ tum demum, cum res omnino nequit præſtari, verumetiam, quando talis præſtari non poteſt, qualis dari debuit, prout vſu venit, cum res deterior eſt facta, *l. in hac, ff. de cond. trit. l. 3. §. 1. ff. commod.* Vnde cum in exerc. præced. lim. 1. ſit oſtenſum, rem fieri tum quoq; deteriorem, cum decreſcit eius æſtimatio, conſequens eſt, ut æſtimationis præſtationi tum quoq; ſit locus. Quin etſi res deterior dici non poſſet, quæ vilior eſſe cœpit, non tamen debitor præſtando rem liberabitur, niſi quod æſtimationi priſtinæ deeſt, pariter offerat: hoc enim eſt vtilitas circa rem, quippe quod pars æſtimationis aliqua fuit, & quoties per debitorem ſtetit, quo minus daret ſive traderet, omnis vtilitas, quæ modo circa rem conſiſtit, in æſtimationem venit, *l. ſi ſterilis, § cum per venditorem, ff. de act. emt.* Cæterum Donellus animaduertens hoc alterum Africani reſponſum opinioni ſuæ quam maxime refragari, sic *in d. l. in hac, n. 25. & 26.* illud interpretatur, ut verſ. *& ideo*, proxime præcedentem ſolummodo reſpiciat, nec quicquam aliud denotet, quam in ſtipulatione hominis certi ſpectandum eſſe tempus quo agitur, & videndum, vtrum eo tempore viuat homo, nec ne, ut ſi tunc nõ viuat, agi de eo nequeat, ſive vtilis de eo nõ ſit actio, niſi forte aut per promiſſorem ſteterit, quo minus ſua die ſolueret, aut per creditorem, quo minus acciperet, ſi quidem conſtat interitu rei debitæ poſt moram non liberari debitorẽ, *l. quod te, ff. ſi cert. pet. l. ſi ex legati, ff. de verb. oblig.* Quove majorem intellectui noviter excogitato fidem conciliet, multum laborat in euertenda receptiſſima, nec vſquam vel nutu in dubium reuocata, ut ipſus verbis vtar, interpretatione, qua dictum reſponſum non ad proxime præcedentia tantum, ſed ad totum reſponſum prius refertur. Cum enim Africani prius reſponſum, loquatur de ineunda æſtimatione, & vtili actione poſt mortem hominis, arbitratur ex interpretatione communi ſequi, tempus litis conteſtatæ ſpectari quo ad rem æſtimandam, cum homo promiſſus mortuus poſtea fuerit: quod tamen caſu nullo verum eſſe, aut locum habere poſſe oſtendit ordine ſingulos tangendo per diſtinctionem: Etenim ſi ponatur, hominem eſſe mortuum priuſquam agatur, ſive id euenerit ante morã, citraq; culpam debitoris, conſtat eum liberari, *l. quod te, ff. ſi cert. pet. l. ſi ex legati, ff. de verb. oblig.* Sive contigerit culpa debitoris, aut poſt moram, dubium non eſt, quin ad tempus moræ culpæue reducenda ſit æſtimatio, *l. in hac, ff. de condic. trit. d. l. hominem,*

juncta d. l. si ex legati, cum simil. & consequenter neutro casu spectari tempus quo agitur, ut Africanus voluit. Sin post litem contestatam interiisse hominem dixeris, (quanquam istiusmodi casum Africanus nec tractat nec præsupponit,) sive mora litis contestatione fuerit inducta, nonnam litis contestationis, quam quo plurimi post eam fuerit, tempus spectabitur; cum semel inducta mora semper duret ante satisfactionem, culpaq; perpetuet obligationem, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Sive moram litis contestatio non induxerit, citraq; culpam debitoris postea interierit, absolui debebit ille, non ad vllius temporis æstimationem condemnari, *d. l. quod te, d. l. si ex legati, cum concor.* Verum isthæc omnia corruunt per sese, si posterius Africani responsum, non tam ad vtramq; prioris responsi partem, quam, quod commode nec absq; ratione fieri potest, ad ea demum, quæ in principio de æstimatione ad tempus solutionis reducenda dicuntur, referatur, casuq; mortis, ad quem Donellus dixerit, quicquid obiecit, excludatur, ut sit sensus: aliter quam scilicet in præmissa facti specie de æstimatione ad tempus solutionis pro principali, hoc est, naræ obligationis & actionis aduersꝰ principalem referenda dictum fuerit, seruari in stipulatione, in qua tempus id quoad æstimationem rei debitæ spectatur, quo agitur. Sustinetur hæc interpretatio tum ex eo, quod illius respectu demum spectandum censeat Africanus in stipulatione tempus quo agitur, cuius respectu tempꝰ solutionis in casu responsi prioris attendendum esse dixerat: Tempus autem solutionis respectu demum æstimationis pro homine soluto solvendæ attendendum statuerat, prout verba textus aperta convincunt, & quidem indistinctè, sive tunc temporis protinus, sive quocunq; tempore postea, longo vel breui res interierit: Itaq; tempus quo agitur, demum quoad æstimationem spectandum censuerit oportet. Tum, quia cum Africanus eam facti speciem præmiserit, actorem pro reo certum hominem dari fideiussisse, & soluisse, mandatiq; contra reum egisse, dilucide patet, id principaliter controuersum, & ad decidendum propositum fuisse, cuius temporis æstimatio præstari deberet, prout idipsum quoque responsio subsequens hanc controuersiā ante omnia determinans non obscure monstrat. Vnde alterum legis responsum de æstimatione, de qua principaliter in lege quæritur ac disceptatur, sufficit intelligi, nec ad omnia præcedentia referri necesse est. Tum, quia ICtus *in vers. & ideo*, quæstionis à præmissa facti specie diversæ, nec in ea denotatæ decisionē obiter ac velut in transcursu per illationem immiscet atq; interserit, ut vel hanc ob caussam nihil opus sit, verba responsi posterioris versiculo, *& ideo*, quadrare, ut principio legis eadem planissime congruere oporteret, cum præsertim clausulam in fine positam ad aliqua retulisse sufficiat, quoties aliquid obstare dignoscitur, quominus ad omnia referatur, *l. talis scriptura, vbi Dd. ff. de lega. 1. l. cum vulgari, ff. de dote relega. & simil.* Quin etiamsi magis arrideat interpretatio, qua responsum secundum ad vtramq; primi responsi decisionem refertur, nihil ea, quæ frustra Donellus huic opponit, oberunt. Constat enim non aliter tempus litis contestatæ in stipulatione spectandum venire, quam tempus solutionis in casu prioris responsi, quod Africanus attendi voluit, siquidem non aliam constituit vtriusq; responsi diversitatem, quam quod prius in casu contractæ per hominis ex caussa fidejussionis debiti solutionem obligationis ad solvendam eius æstimationem, alterum de stipulatione loquatur, rursusq; in illo tempus, quo solutus fuit homo, præstituatur attendendum, in hoc tempus, quo agatur, nisi mora præcesserit. Proinde cum in priore responso tempus solutionis quo ad interitū eatenus modo spectetur, quod homine

homine soluto post illud intereunte, utilis etiam sit & cōpetat actio, cōsequens fuerit, in altero etiam respōso tempus quo agitur, aut moræ, si præcesserit, non alia ratione quoad interitum spectari debere, quā quod homine sive re debita post id tempus intereunte, vtilis adhuc sit & competat actio: Vt igitur diversæ quæstiones sunt, vtrum quis post interitum rei teneatur, & cuius ad temporis æstimationem teneatur, ita temere cōfundendæ non sunt, vti quidem confudisse videtur Donellus in oppugnatione communis interpretationis, dum perperam censet, ex ea sequi; casu quores debita perierit ante moram, citraq; culpam debitoris, adhuc eum teneri ad æstimationem, quæ spectetur ex tempore litis contestatæ: Sicut enim in priore responso non est vtilis actio mandati, nisi post solutionem homo interierit, ita nec in posteriore vtilis est actio ex stipulatu, nisi post tempus litis contestatę aut pręcedentis moræ interierit: Vnde si perierit ante, quod præsupponit Donellus, non magis isto quam illo casu vtilis actio vllatenus esse vel competere potest, *per d. l. hominem*. Nisi forte concedendum sit, etiamsi homo prius interijsset, quam solueretur, fideiussori vtilem actionem mandati competituram fuisse ad eius æstimationem, quod & absurdum foret, ac Donellus ipsemet abnueret. Quod si post moram, siue, quod in idem recidit, culpa debitoris, antequam agatur, interierit homo, nil mirum, si non spectetur in eo æstimando tempus quo agitur, sed præcedentis moræ siue culpæ, cum Africanus ipse istiusmodi casum nominatim exceperit, ac si non excepisset, tamen per *l. penult. ff. de cond. trit.* & id genus alias leges æstimationem ad tempus antecedentis moræ reducentes exceptus fuisset: Sin mora non præcedente post acceptum judicium interierit, omnimodo locus est Africani regulę spectandū esse temp9 quo agitur: hoc sive interpreteris de toto illo tempore judicij durantis, planum est, eius temporis æstimationem quanti plurimi semper esse præstandam, nisi forte reus tam justam litigandi caussam habuerit, vt propterea a periculo interitus prorsus immunis esse debeat. *l. si quis solutioni, in pr. ff. de vsur. junc. l. si ex legati, ff. de verbo. obli. l. quod te, ff. si cert. pet.* Sive de tempore judicij accepti, litisque contestatæ, *vt in l. vlt. ff. de condic. trit.* non minus verum erit, accepti judicij tempus esse spectandum quoad æstimationem, non modo si remaneat illa in eodem statu, sed etsi mutetur, quacunq; tandem id ratione fiat, eo duntaxat excepto casu, si postea pluris ante interitum vel tempore interitus valuerit, vbi non est ambigendum, præferendum esse tempus, quo plurimi postea valuerit, cum propter *l. in re furtiua, loc. argento, ff. de condic. furt. l. penult. ff. rer. amot. l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt*: tum quia non est dubium, quin augmentum æstimationi superueniens contineatur sub caussa omnimodo post litem contestatam præstanda, *l. 2. ff. de vsur. l. cum fundus, in pr. ff. si cer. pet. cum simil.* Sic igitur apparet, vulgarem interpretationem Africani responso esse convenientissimam, cum nec inde sequatur, homine promisso citra culpam debitoris mortuo debitorem adhuc teneri ad æstimationem, quę spectetur ex tempore litis postea contestatę, nec Africanus ipse secum pugnet, qui sēper tempus quo agitur, quo ad æstimationem spectari voluit, nisi mora præcesserit, quæ frustratori prodesset, nisi ex eius tempore promissus homo æstimaretur. Illa vero quam Donellus affert, nova interpretatio affingi Africano sine absurditate manifesta vix potest: Cum enim responsum secundum ad versicul. *& ideo*, saltem referendum esse contendat, vt si tempore quo agitur, non vivat homo promissus, sit inutilis actio, si tunc temporis ille vivat, eadem sit vtilis, quandocunque postea decedat & Africanus responsum suum limitet, nisi aut per promissorem steterit,

steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: sequetur, etiamsi per creditorem steterit, quo minus acciperet, homoq; promissus postea decesserit, tamen adhuc vtilem esse actionem, ac proinde creditorem ea post interitum rei debitæ vtiliter experiri posse, non minus quam si postea quam per debitorem stetisset, quo minus daret, res debita perijsset. Præuidit illam absurditatem ex interpretatione sua resultantem Donellus, nec tamen expresse proponit diluendam, tacite saltem conatur eam subterfugere, verba ICti, *aut per creditorem, quo minus acciperet*, sic intelligendo, quasi in ijs exceptionem de mora debitoris, alia exceptione temperet, nisi postremum per creditorem steterit, quo minus hominem oblatum acciperet: quo casu tam liberetur debitor, quam si is prius moram non fecisset. At hæc expositio duplici nomine vitiosa est, quia continet in sese diuinationem, præsupponendo moram debitoris præcessisse, cum nec textus tale quid asserat, & creditor in mora sit, etiamsi per debitorem nunquam steterit. Repugnat etiam textui, vel certe nulla ratione congruit ei, cum, quia casum, quando per creditorem stetit, quo minus acciperet, non ab altero, quando debitor in mora fuit, sed vtrumque peræque principaliter à conclusione principali, spectandum esse tempus, quo agitur, excipit, vt contextus ipse monstrat, & inprimis particula *aut*, vtrobiq; casui ex æquo præposita: rum etiam, quia nulla quo ad præsentē disceptationem foret amplius diuersitas inter casum, quo creditor in mora fuit, & quando neutrius partis mora præcesit, siquidem & hic & illic spectaretur tempus quo agitur, vt si ante illud res interierit, inutiliter agatur: Cum tamen Africanus alterum casum ab altero maxime quo ad propositam disceptationem diuersos accurate distinxerit. Deinde non obscure sibi Donellus repugnat, quando interpretatione sua fingit Africanum sensisse, videndum esse, vtrum tempore quo agitur, homo promissus viuat, nec ne, vt si tunc non viuat, sciamus, de eo agi non posse, siue de eo vtilem actionem non esse. Nam quo casu non potest agi, eo non potuit Africanus præcipere, spectandum esse tempus, quo agitur, *l. si seruum. & si modus, ff. de act. emt. l. verum est, in fi. ff. pro soc.* Est autem extra controversiam, interitu rei debitæ ante moram citraq; culpam debitoris eueniente, obligationem & actionem euanescere, ac liberari debitorem, *l. is qui, ff. de act. & obl. l. si ex legati, l. si Stichus, l. si certos, l. is qui, l. mora rei, ff. de verb. obl. l. penult. ff. de solut. cum sim.* eoq; nec ipso iure agi posse, *d. l. is qui, ff. de ver. obl. l. si pupilli, §. vlt. ff. de nego. gest.* Non poterit igitur Africani responsum de tali casu intelligi, & consequenter non tam interitum rei debitæ, quem antequam ageretur, nondum accidisse, præsupponit Africanus asserens tempus quo agitur, spectari, quam æstimationem ad id tempus referendam concerner. Accedit, quod ea ratione casū, quādo aut per debitorem stetit, quo minus sua die solueret, aut per creditorē, quo minus acciperet, exceperit Africanus, nec cui frustratio sua prosit. Atqui si responsū posterius tantum ad vers. *& ideo*, est referendum, non autem ad principium legis, eoq; nec disponit, ex tempore moræ præcedentis rem debitam æstimandam esse, impertinens erit Africani ratio, nec quicquam assertioni, cui subiecta fuit, patrocinabitur, quia siue debitor in mora fuerit, non prodesset ei mora, etiamsi non teneretur post interitum, liberaretur enim propter interitum rei, non ob moram, quæ saltem ei non noceret: siue per creditorem steterit, nec ei quidem prodesse mora posset, quandoquidem constat interitu rei ante moram debitoris, citraq; culpam eius contingente obligationem & actionem extingui: *d. l. si ex legati, cum concor.* Tum vero frustratio profutura esset, debitori quidem, si ei-

si citra supplationem diminutæ post ipsius moram æstimationis solueudo rem debitam, tanto vilius hodie per eum comparatam liberaretur: creditori vero, si citra deductionem adaucti valoris, res debita quam tanto carius hodie comparari necesse est, quamve creditor sine mora receptam vix hucusque seruasset, ei solvenda foret. Vnde ipsamet Africani ratio evincit, alterum responsum ad principium legis de æstimatione conceptum esse accommodandum. Denique absurdum videtur, Africanum sic interpretari, quasi principali themate posthabito sive neglecto, quiddam obiter aspersum tractandum sumserit, idq; per singulos casus deductum curiosé declarauerit. Talis vero cum Donelli sit interpretatio, non immerito reijcitur, ut intentioni subtilis Africani minus consentanea. Quintò confirmatur sententia communis per tex. *l. in re furtiua, §. si ex causis, ff. de condic. furt. & l. penult. ff. rer. amot.* in quibus propter moram, licet aliter quam per diei lapsum contractam, præstanda venit æstimatio quanti plurimi quantumvis ante fuerit, quam actio intentaretur, aut judicium acciperetur. At leges eæ non loquuntur de mora per interpellationem inducta. Quid tum? Ratio ICti Vlpiani satis aperta, qui propterea furem teneri vult ad æstimationem, quia est in mora, quam non minus incurrit, qui non solvit interpellatus. Excipit *Alciat. in d. l. vin. num. 13.* id esse speciale odio furis, propter improbitatem, dolumque malum accedentem: idemq; tenet *Loriot. in l. quatenus, §. antequam, versic. hoc enim, ff. de regul. jur.* Quod verum esse nequit, cum ICtis in furis improbitate sive dolo minime suam decisionem fundet, sed moram, quæ furi communis est cum alijs dolo non delinquentibus, vrgeat, caussamque cur ad æstimationem quanti plurimi fur teneatur, manifeste & vnice ad eam referat, *d. l. in re furtiuâ.* Alij, inter quos Donell. *in d. l. vin. num. 14.* prætendunt, leges eas de specie sive re certa, cum genus fortuitis casibus, inter quos furtum, *l. contractus, ff. de regul. jur. §. cum autem, instit. de emt. & vendit.* minime subjaceat, *l. in ratione, §. incerta, ff. ad leg. Falc. l. incendium, C. si cert. petit.* Quod etsi verum sit, ratio tamen ICti generalior est, & ad res in genere debitas peræque pertinet, nec afferri caussa potest, cur in his non idem juris obtinere debeat. Quam enim subtiliter Donellus excogitauit rationem diversitatis inter debitum rei certæ, & generis aut quantitatis, exercit. præced. lim. 1. satis refutauimus. Sextò per regulam *l. si Calendis, ff. de re jud.* æstimari nempe vnumquodque ex eo tempore, quo nouissime solvi potuit: quam cum non minus de obligatione dandi, quam faciendi necesse sit intelligi, quippe vniuersaliter & in genere conceptam, ac decisione legis jam antea de obligatione faciendi in genere loquentis pro ratione subjectam, nec dubium sit ex tempore solutioni destinato, quove judicium accipitur, rem æstimari, pariter etiam constet, post litem quoq; contestatam solvi rem posse, *l. si reus paratus, ff. de procur. §. vlt. instit. de perpet. & temp. act. l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verbor. oblig.* multoque magis post diem solutioni destinatum, quo demum lapso exigi debitum potest, sive peti, ut detur, *l. qui hoc anno, l. cum qui certarum, ff. de verb. oblig. §. in diem, inst. de verb. oblig.* insuper etiam facti debitor post moram quantumvis diei taciti vel expressi lapsu contractam etiamnum faciendo ante litem contestatam liberetur, *l. si insulam, l. continuus, §. item qui insulam, ff. de verbor. obligat.* evidenter hinc deprehenditur, per tempus, quo nouissime solvi potest, non tam illud ICtum intelligere, post quod rem in obligationem deductam soluere non amplius liceat, ut per eam solutionem liberetur debitor, quam id, ad quod vsq; liberam facultatem differendi solutionem debitor obti-

 net

net, quove nisi soluat, ad pœnæ, æstimationis, eius quod interest, vsurarũ, & id genus aliarum accessionum, quarum rationem propter moram non soluentis jus nostrum haberi voluit, præstationem teneri sive condemnari solet, ut proinde senserit Celsus eo de tempore, quo nouissime solui potest impune, sive vltra quod impune solutionem protrahere seu differre, debitori non licet. Atqui tempus etiam extrajudicialis interpellationis est nouissimum ad soluendum, cum nec vltra illud protrahere solutionem debitori permutatur, eoque nisi soluatur, pœnas dispositione juris aut hominis non soluenti præstituras morator haud effugiat, *l. quod te, ff. si cert. petit. l. in hac, ff. de condict. tritic. l. si ex legati, l. ita stipulatus, ff. de verbor. obligat. & simil.* Non minus igitur ex tempore interpellationis res debita erit æstimanda, quam æstimaretur ex die sive tempore certo, si quod fuisset in dispositione sive contractu assignatum. Septimò tex. est *in d. l. vin.* vbi cum Iulianus quæsiuisset, cuius temporis æstimatio fieret, vtrum contractus, an litis contestatæ, aut rei judicatæ: non respondet litis contestatæ tempus esse spectandum, si dies non sit apposita, sed generaliorem tradit regulam, spectari debere, quanti tunc fuisset, cum petitum esset. Non minus enim vere petitur extra judicium per interpellationem, *l. 2. ff. de naut. fœn. l. trajectitia, ff. de act. & oblig. l. si decem, l. si ita quis, in princ. ff. de verbor. obligatio.* quam in judicio, *l. amplius, ff. rem rat. habe.* & quando generale verbum, quale petitionis est, ponitur, omnia veniunt, quæ sub eo continentur, sive per id denotantur, *l. vltim. §. cui dulcia, ff. de tritic. legat. Abb. in c. sedes, de rescr. Natta consil. 445. num. 11. tom. 2.* prout etiam generalis dispositio generaliter, vt verba sonant, est intelligenda, *l. 1. §. initio, ff. de offic. præfec. vrb. l. 3. ff. de off. præsid. l. metum, §. animaduertendum, ff. quod met. causs. l. regula, §. fin. ff. de jur. & fac. ign. l. liberorum, ff. de verbor. significat. cum concor.* Similis omnino tex. *in l. fundum, ff. de nouat.* vbi perhibetur, fundo petito præsentem eius æstimationem considerari: quo loco verbum petitionis ad judicialem eo minus restringere licet, cum agatur illic de re certa, nempe fundo, cuius æstimationem ad tempus etiam extrajudicialis interpellationis reduci liquet ex *d. l. in hac, vbi præ cæteris Donell. ff. de condict. trit.* Octavò: Quoties per debitorem stetit, quo minus daret, ipsius fore detrimentum constat, *l. quod te, ff. si cert. petit. l. si seruus, 108. §. si seruus, ff. de legat. 1. & est text. præ cæteris notabilis in l. si filius familias, §. si post diuortium, ff. solut. matrimon.* Evenit autem procul dubio detrimentum, nec id quidem extra, sed circa rem debitam, quando vel sola decrescit eius æstimatio, vt tanti non amplius distrahi possit, quanti plurimi a tempore moræ valuit, *l. si sterilis, §. cum per vend. ff. de act. emt.* cum, quia tunc res deterior facta censetur, cum pretio vilior est facta, *l. si seruus, §. rupisse, ff. ad leg. Aquil.* tum etiam, quia æstimatio est bonitas rei, non quidem intrinseca, tamen extrinseca: diminutionem vero bonitatis detrimentum esse necesse est, satisq; patet ex traditis in exerc. proxime præced. lim. 1. cum præsertim detrimentum peræque sit, sive totius rei damnum sit, sive partis rei, sive vtilitatis, ut recte præ cœteris notat, & in hunc modum interpretatur textum *d. l. quod te, Donellus in l. penult. nu. 27. ff. de cond. trit.* Quare cum per interpellatum steterit, quo minus daret, detrimentum ex diminutione valoris rei debitæ post moram resultans, ad ipsum pertineat necesse est. Nonò: Indubitati juris est, a tempore moræ per diei lapsum inductæ protinus rationem haberi æstimationis quanti plurimi, *l. vltim. ff. de condict. tritic. l. quoties in diem, ff. de verbor. obligat.* & in obligatione dandi vel maior, ut nonnulli voluere, vel non minor, vt cœteris visum,

est vis

est vis & efficacia moræ per interpellationem hominis contractæ, cum hæc per expressam, & quidem frequentissime cum instantia repetendi debiti conjunctam, *l. mora, & l. seq. ff. de usur.* illa solummodo per tacitam interpellationem repetendi debiti instantia destitutam inducatur, *l. potuit, de loca.* Itaq; non minus à tempore moræ per interpellationē hominis inductæ protinus rationem haberi æstimationis quanti plurimi oportebit, vel eo magis, cum ratio, propter quam sententiæ prioris assertores arbitrantur, tempus extrajudicialis petitionis quoad æstimationem non posse spectari, quia scilicet est accessio saltem judicis officio, quod ad ea, quæ judicium acceptum præcedunt, regulariter haud pertinet, non jure actionis debita, *l. si quod ex Pamphilo, ubi Dd. ff. de leg. 2. l. centum Capua, ff. de eo quod cer. loc.* adeoq; etiam cœtera pleraq; fundamenta, quibus monentur, non minus in tempore moræ diei lapsu contractæ urgere videantur, ut proinde cum non obstantibus hisce, nihilominus ad diem, quo dari debuit, æstimationem constet esse referendam, idem de tempore interpellationis, in quo cur siter statuendum idonea ratio reddi vix potest, omnimodo judicandum sit, *l. à Titio, ff. de ver. oblig.* Aliquam tamen diversitatis rationem Donellus excogitavit asserens *in d. l. vin. nu. 20.* ex tempore solutioni destinato rem debitam æstimari, non quia debitor eo tempore non solvendo moram fecit, sed quia ita convenit, ut eo die solveretur, qua ex conuentione quæsiram esse temporis eius utilitatem intellectum est. Idem repetit *in l. quoties in diem, num. 3. ff. de verb. oblig. tradit q. Ant. Faber lib. 16. conjectur. c. 6. & de err. pragm. deca. 16. err. 4.* Sed cum regulariter æstimatio rei debitæ non prius in considerationem veniat, quam si res tunc non præstita, cum dari debebat, eoq; mora commissa fuerit, manifestum hinc videtur, ob moram temporis eius æstimationem in considerationem venire. Quod si contrahentes eo ipso, quia diem solutioni præstituerunt, eius temporis utilitatem quæsiuisse intelliguntur, ac die non assignato in provisione legis acquiescentes tacite id agunt, ut secundum legis dispositionem, quam primum requisitis fuerit, solvat sine ulteriore dilatione debitor, *Alexand. in d. l. vinum, ubi Socin. & Cagnol. num. 25.* consequitur, die non assignato, contrahentes eius temporis, quo facta fuerit interpellatio, utilitatem quæsiuisse, intelligendum esse, ut proinde propter eandem rationem utrobiq; subsistentem non minus ad tempus moræ per interpellationem extrajudicialem contractæ, quam ad diem solutioni destinatum reducenda sit æstimatio, *l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. non possunt, cum l. seq. ff. de legib. cum simil.* Fachineus vero confugit ad moræ purgationem, cui cum sit locus in obligatione pura, arbitratur ea de caussa ad tempus moræ per interpellationem inductæ æstimationem referri non posse, ut ad tempus moræ lapsu diei contractæ alioqui reducitur. Sed præterquam quod opinione communi receptum sit, etiam in obligatione in diem moram purgari posse, quando pœna non est objecta, subleuat purgatio moræ saltem pro futuro tempore, ne deinceps maius damnum debitor ob moram incurrat decrescente magis æstimatione vel intereunte re, damnum vero decrescentis post moram æstimationis purgationem moræ præcedens, pariter offerat debitor necesse est, si moram purgare velit, *gl. in l. vtig. post tex. ibid. ff. ae recept. arb. & tradunt* communiter *Dd. in l. si insulam, teste ibid. Alexan. num. 9. ff. de verb. oblig. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 13. gl. 11. num. 13.* Unde oblationem rei debitæ in futurum tantum debitori prodesse ad purgandam moram, non etiam in præteritum, ut possit debitor creditori eo facto nocere, ei quid adimendo, quod illi ante oblationem iam partum fuerat, recte post alios

asseruit *Donell. in l. si seruum, § sequitur, num. 6. ff. de verb. oblig.* Decimò: Licet mora sive per diei lapsum, sive per interpellationem inducta, nouam non constituat obligationem ad æstimationem vel quid aliud, *l. si seruum, §. vlt. ff. de verb. oblig. Donell. in l. in conuentionalib. §. vlt. n. 9. ff. d. t.* necessficiat in stricti juris judicijs, vt id omne creditori sit resarciendum, quod mora non facta fuisset habiturus, *l. videamus, § si actionem, ff. de vsur.* tamen obligationem quæ fuit, hoc est, præexistentem perpetuam facit quo ad rem in obligatione versantem, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verbor. obligatio.* Vnde cum non sit dubium, quo tempore sive propter adventum diei, sive propter interpellationem factam, res dari debuit, eo etiam tempore ita, vti tunc erat, in bonitate tam extrinseca, quam intrinseca, omnino debitam fuisse, adeoq; necesse rum fuisse, aut eam præstari talem, aut eius loco æstimationem solvi sufficientem & integram: consequitur, obligationem rei plurimi valentis tempore moræ licet per interpellationem extrajudicialem contractæ fuisse perpetuatam, vt quantumcunq; res debita valore postea decreuerit, ac vilior esse cœperit, tamen omnimodo necesse sit, etjamnum præstari eam plurimi valentem, aut pro ea, quando tanti non amplius valet, sufficientem temporis, quo plurimi fuit, æstimationem solvi: non aliter quam in bonitate intrinseca comparatum videmus, siquidem, præstari rem oportet in ea bonitate intrinseca, quæ tempore moræ, quantumvis per extrajudicialē petitionem inductę maxima fuerit, vel si nequeat amplius in tanta bonitate intrinseca præstari, quia nempe facta deterior, æstimationis temporis quo bonitas intrinseca nondum diminuta fuerat, officio saltem judicis, (nec enim jure actionis æstimatio potest exigi, quæ non fuit in obligationem deducta, *l. si quod ex Pamphila, ff. de lega. 2. l. centum Capua, & l. vlt. ff. de eo quod cert. loc.*) rationem haberi necesse est, *l. in hac, ff. de condic. trit. l. 3 §. 1. ff. commod. juncta l. si seruum, §. vlt. ff. de verb. oblig.* Quare vel hinc aperte constat, non minus ex tempore moræ per interpellationem inductæ, quam per diei lapsum contractæ æstimari rem debitam oportere. Vndecimò: Æstimatio licet eadem cum re non sit, tamen eius locum subit, eamq; repræsentat, *l. si & rem ff. de petit. hæred. l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. si quod ex Pamphila, ff. de lega. 2. l. si ita fidejussorem, ff. de fidejussor,* vt cum ipsa re propemodum eadem esse fingatur, *d. l. si & rem, l. quia qui pretio, ff. de vsufr. l. plane, §. quod si rem, vers. nam hactenus, ff. de leg. 1. l. Labeo & Sabin. vers. recte dicitur, ff. de verb. obli. Castr. in d. l. vin. n. 10. vbi Alex. n. 11. Loriot. n. 15. Cagnol. n. 19. ff. si cer. pet. Bolognet. in l. stipul. non diuid. n. 134. ff. de verb. obli.* tunc præsertim, quoties casus emergit, quo res ipsa etiamnum præstari debet, quæ tamen vel omnino non potest dari, vel nequit solvi talis, qualis alioqui solvi debebat, *d. l. in re furtiua, d. l. si quod ex Pamph. l. in hac, ff. de cond. trit.* Quicquid autem in alterius locum succedit, regulariter in omnibus eodem quoq; loco habendum est, *l. in nob. §. 1. ff. de jure t.* idemq; plane statuendum atq; judicandum de repræsentante, quod de repræsentato dispositum esse reperitur, *l. in eo, §. vlt. cum l. seq. ff. de acquir. rer. dom. l. 1. §. hac actio, ff. si is qui testam. lib. esse jussus fuer.* vsq; adeo ut etiã retrorsum ad idem tempus cum eo sese referat, *l. item illa, §. quod adjicitur, ff. de const. pecu. l. si donate, §. si sponsus, ff. de don. inter vir. & vx.* cum secundum vulgarã regulam surrogatum sapiat naturam eius, cui surrogatur, *l. si eum, §. qui injur. vbi gl. ver. eadem, ff. si quis caut. l. minor, §. quoniam, vbi gl. verb. subire, ff. de procur.* Itaq; sicut ipsa res omnimodo præstari debuit, quando plurimi fuit, tempore moræ quantumvis per interpellationem inductæ, ita ratio juris exigit, ut loco rei, quatenus talis amplius præstari nequit, qualis dari debuit, sufficiens tẽporis illius æstimatio solvi debeat, vel totalis, vel certe particularis, quæ suppleat, quanto minus hodie res

res valere dignoscitur, cum sit eadem ratio partis ad partem, præsertim in æstimatione, quæ totius ad totum, *l. quæ de tota, ff. de rei vend. l. si quod ex Pamphila, ff. de legat. 2.* ut immerito displicuerit hæc ratio Iasoni *in d. l. vin. n. 18.* quem refutat *ibid. Cagnol. num. 28.*
5 *& 29.* Deniq; † licet hinc satis pateat, cur in judicijs etiam stricti juris, protinus a tempore moræ per interpellationem inductæ ratio habeatur æstimationis ante litem contestatam, non item aliarum accessionum, tamen hæc sententia non parum etjam confirmatur, considerato vlteriore discrimine inter æstimationem, & fructus, vsuras, aliasve accessiones. Præterquam enim quod accessiones cœteræ plane diuersæ sunt a re principali, nec in eius locum vnquam succedunt, nedum eam repræsentant, ita cum eisdem comparatum est, ut in vnoquoq; genere illarum continua veluti serie identidem aliæ subsequantur alias, & has vicissim aliæ, ita quidem, ut semper posteriores cum prioribus omnibus cumulentur, omnesq; conjunctim, quotquot toto tempore durante exstiterunt siue euenerunt, vel abesse creditori dignoscantur, vel ab eo lucri loco percipi potuisse credantur, *l. si commissa, ff. rem rat. hab.* cum e diverso vnica saltem æstimatio, nec totius aut omnis, sed vnius modo certiq; alicuius temporis, quo scilicet post moram plurimi fuit, spectari consueuerit, *l. in re furtiua, ff. de condic. furt.* Rursus illæ quantumvis aliquoties præstitæ obligationem rei principalis minime tollunt, *l. pecuniæ fænebris, l. Caius Seius, cum l. seq. l. cum quidam, ff. de vsur. cum concor.* hanc simul atq; creditor accepit, obligatio rei principalis evanescit, *l. plane, §. si eadem, l. si aomus, §. qui confitetur, ff. de legat. 1. l. non dubium, §. vlt. ff. de legat. 3. l. Titia, l. Titta, §. Semproniæ, ff. de auro arg. lega. & simil.* Ac cœteras quidem accessiones, etiam absque mora, fieri quam facillime potuisset, ut non percepisset creditor, si scilicet acceptam rem paulo post distraxisset, æstimationem vero temporis moræ consecutus esset, etiamsi confestim distraxisset: In illis, quoniam nouarum subinde succedentium accumulatione crescunt, est quod imputetur creditori, quod citius ad judicium non prouocauerit, hic parum vel nihil ei potest imputari, qui semper æstimationem quanti plurimi tempore moræ fuerit, consecuturus est, siue citò siue serius judicio experiatur. Illæ neq; insunt rei principali, neque sunt vtilitates, quæ circa rem consistant, sed planæ sunt extra rem, nisi fructus excipias, qui licet pro rei parte habeantur, quando pendent, *l. fructus pendentes, ff. de rei vend.* tamen & ipsi mox à re separantur, ac debitori domino eos è re adhuc sua licet alteri debita percipienti post moram ante litem contestatam pro cultura & cura non immerito cedunt, *argum. §. si quis à non dom. inst. de rer. diu.* Hæc autem est ipsamet rei bonitas, non illa naturalis & interior, sed exterior, & vtilitas, non quidem in re, attamen circa rem consistens, *l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt.* Proinde cum tanta sit affinitas rei principalis & æstimationis, tantaque rursus inter hanc & cœteras diuersitatis ratio, nemini mirum videri debet, aliarum quidem accessionum, quando nihil de ijs a contrahentibus cautum fuit, in stricti juris judicijs non nisi à tempore litis contestatæ, *l. videamus, §. si actionem, ff. de vsur. l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* æstimationis autem protinus à tempore moræ licet extrajudiciali interpellatione inductæ, ante litem contestatam jure nostro rationem haberi, *l. in hac, ff. de cond. trit. l. hominem, ff. mand. l. in re furt. §. si ex caussa, ff. de condic. furt. l. penult. ff. rer. amot. l. si Calendis, ff. de re jud.*
Quibus † ita monstratis, non difficile est, rationes prioris opinionis, quantumvis speciosas diluere. Quod enim *d. l. vinum*, attinet, petere proprie significat idem, quod rogare, in jure autem in impropria plerumq; significatione vsurpatur, ut sit idem, 6

quod flagitare dari sibi debitum: hoc cum fieri tam possit extra judicium, quam in judicio, licet vtrobiq; non aeque firmiter, nec eodem effectu, petitionis verbum vtrumq; flagitandi sive postulandi modum sub sese complectitur, nisi quando contextus orationis, intentio disponentis, aut subjecta materies requirit, ut de altero petendi modo duntaxat intelligatur, prout vsu venit *in l. trajectitia, ff. de obl. & act.* vbi de petitione saltem extra judiciali venit accipiendum: Idem animadvertere licet *in l. non amplius, ff. rem rat. hab.* vbi dum Labeo, eumq; secutus Paulus verbum *peti* sic interpretantur, si judicio petitum esse, vel hoc ipso clare innuunt, petendi verbum alias non minus extrajudicialem petitionem denotare, sed in stipulatione *amplius non peti*, de judiciali saltem intelligendū esse, idq; propter subjectā materiam, & voluntatem contrahentium, quandoquidem verisimile non videtur, contrahentes sensisse de extrajudiciali petitione, qua debitum alteri invito nunquā extorqueri potest, quamq; nō fuisse factā, debitoris fere nihil interesse potest: sed de altera firmiore & efficaciore in judicio facta, qua nolens volens autoritate sive potestate judicis ad solvendum quisq; compellitur, vbi debitoris ad minimū tanti interest, petitū non fuisse, quantum occasione moræ litis ei de suo necesse fuit erogari, *fac. l. 1. §. hac autem, ff. quod quisq; jur. & l. si per alium, § docere, ff. ne quis eum qui in jus voc.* Facti vero species, etsi de vino per judicē petito proponatur, tamen ut nihil impedit, quo minꝰ vino reddendo dies assignatus, eiusq; lapsu debitor in mora constitutus fuerit, ita nec quicquā obstat, quo minus vbi dies nō fuit assignatus, debitor ante quam judicio peteretur, interpellatus & in mora constitutus fuerit: nisi forte dicatur, ICtum præsupponere non præcessisse petitionē extrajudicialem; id quod erit aperta diuinatio, tanto magis repudianda, quod & ICtus ipse respondendo conditionaliter per distinctionē, non obscure indicit, ignorare sese qualitatē obligationis, quæq; judicium præcesserunt, & ex vrbanitate plerumq; debitor prius quam judicio conveniatur, interpellare soleat ac debeat, *l. quidam Iberus, ff. de seru. vrb. præd.* nec facile euenire possit, at mora non præcedente perueniatur ad judicem, secundū Papinianum *in l. in fideicommissi, ff. de vsur.* ut proinde vel hinc liqueat, in responsione petendi verbū generaliter accipi oportere, ut siquidem prius extra judicium fuerit petitum, spectandum sit, quanti tunc fuerit: sin judicialiter solum, ex tempore judicij accepti æstimandum. Vnde simul apparet, nullatenus verbi *petendi* potiorem sive potentiorē significationem hic excludi, eoq; nec regulam de verbis in potiore significatione accipiendis quicquam refragari: quanquam illa & eam ob caussam non obstet, quia tum demum potior verbi significatio prefertur in dubio, quando secundum vtramq; significationem, sive in genere, & vtrumq; comprehendat, intelligi nequit, alioqui locus erit regulæ *l. 1. §. generaliter, ff. de leg. præst. l. metū, §. animadvertendum, ff. quod met. cauf. & concord.* Neq; verendum, ne responsio interrogationi non sit conformis atq; congrua. Fuit enim interrogatio in genere concepta, cuius temporis æstimatio fieret? Huic exempli saltem gratia tria tempora maxime diuersa eodem contextu subnectit. Vnde neutiquam necessarium, responsionem ad ynum aut alterum temporum in interrogatione expressorum restringi sive coarctari, alioqui ICtus ipse peccasset, qui de die solutioni destinato, cuius in quæstione non meminerat, respondisset. Quanquam etsi generalis interrogatio minime præcessisset, nihilominus responsio congrua foret, siquidem eo ipso, quia respondendo æstimationem ad diem solutioni destinatum, eoq; deficiente ad tempus petitionis retulisset, negasset eam esse referendam ad tempus contractus reiq; judicatæ, prout etiam litis contestatæ, quando eam præcessit

extra-

extrajudicialis petitio, cum inclusio vnius, aliorũ sit exclusio, *l. cum prætor, ff. de judic. l. maritus, C. de procur. c. nonne, de præsumt.* nec sit in jure nouum, decisionem esse quæsito luculentiorem ac pleniorem, *l. ut responsum, C. de transac. l. precib. C. de impub. & alijs subst. & vtrobiq; Dd. Cagnol. in d. l. vin. n. 21.* Neq; valet argumentum de loco ad tempus, cum, quia pro certo sumit, æstimationem loci petitionis judicialis modo attẽdi, cum tamen hoc minime probet *l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt.* quæ in eo casu, quando locus traditioni destinatus erat, demum loquitur, ut alibi monstratum, & ex contextu liquet: & apprime dubiũ sit, an quando prius alibi congruo loco debitor de solvendo fuit extra judicium interpellatus, potius judicij locus, quam petitionis extrajudicialis quoad æstimationem spectari debeat, quod discutere præsentis non est instituti: tum, quia maxima diuersitatis ratio deprehenditur, cum locus, quantumcunq; congruus ad exigendum, per sese neminem in mora constituere queat, sed tempus modo, simul atq; facta interpellatione modicũ citra solutionem prætererit, *l. mora, ff. de vsur. junc. l. 1. § item si ita, vers. & quod dixi, ff. ad leg. Falc. & l. si quis filium, § stipulatio, ff. de collat. bonor.* Quoties autem non eadem vtrobiq; ratio militat, ab vno ad alterum arguere non licet, *vt not. Dd. in d. l. vin.* Sed etsi concederetur *d. l.* esse intelligendam de judiciali saltem petitione, tamen ad eam responderi similiter posset, ut ad *l. vlt. ff. de cond. trit.* secundo loco ponderatam, quæ licet ad tempus judicij accepti referat æstimationem vbi de die nihil convenit, non tamen probat tum quoq;, vbi mora per interpellationem extrajudicialem inducta præcesit, ad tempus judicij accepti esse referendam æstimationem, cum etsi mora saltem diei lapsu contracta nominatim excipiatur, tamen ei mora per interpellationem extra judicium inducta æquipolleat, ut propter eandem rationem vtrobiq; militantem idem plane de hac quoq; sit intelligendum, quandoquidem exceptiones expressæ comprehendunt similes, *c. cum dilecta, vbi Abb. & Dec. de confir. vtil. vel inut. & plures alleg. per Couarr. lib. 2. var. resol. c. 5. num. 6.* idq; vel eo magis, cum in hac altera idem & pluribus juris rationibus fuerit approbatum, & legibus alijs aperte dispositum reperiatur, *l. in hac, ff. de condit. trit. l. hominem, ff. mand. l. si sterilis, § cum per venditorem, ff. de act. emt. l. cum res, in pr. ff. de lega. 1.* semperq; necesse sit, in vna lege prætermissum suppleri ex alijs, & alteram per alteram declarari, *l. non est nouum, ff. de legib. Bart. in l. non dubium, num. 9. C. de legib.* ut jura, quantum fieri potest, ad concordiam reducantur, & contradictio correctioq; vitetur, *l. vn. C. de inoff. dot. c. cum expediat, 26. de elect. in 6.* Regulam vero *l. 3. §. in hac, vers. quamvis, ff. com mod. & l. hominem, vers. aliter, ff. mand.* agnoscimus. Sed ut nulla tam firma, quin admittat exceptiones, ita & hæc procedit hactenus, nisi mora præcesserit: quæ exceptio tanto magis amplectenda, cum *in d. l. hominem* regulæ nominatim subjiciatur: *l. fundum, ff. de minor.* loquitur de tempore petitionis, ut non minus de extrajudiciali petitione præcedenti, quam judiciali intelligi possit ac debeat. In *l. cum fundus, in pr. ff. si cert. pet. & l. 2. ff. de vsur.* agitur de caussa rei præstanda: quæ proinde nihil aliud evincunt, quam æstimationem, quatenus vna cum reliquis est caussa rei, siue sub ea continetur, esse præstandam a tempore litis contestationis, post quam omnis caussa præstanda venit. Vnde ne quidem a contrario sensu quicquam inferri potest amplius, quam vbi lis non est contestata, æstimationem ut caussam rei non esse præstandam, quod verum esse quilibet agnoscit: interim vero firmum remanet, quod in proposito vrgemus atq; contendimus, etiam ante litem contestatam protinus a tempore moræ per interpellationem inductæ æstimationis per sese, nõ autem, quatenus vna cum cæteris accessionib9 caussa esse, sub eaq; contineri dignoscitur,

Oo 4 ratio.

rationem esse habendam, per jura & rationes paulo ante adductas. Deniq; responderi generaliter potest, jura æstimationẽ ad tempus litis contestatæ referentia, nequaquam ea de caussa litis contestationis meminisse, ut innueretur, ne quidem à tempore præcedentis moræ, si extrajudiciali interpellatione inductam esse appareat, æstimationis ullam esse rationem habendam ante litem contestatam, (contrarium enim legibus alijs haud dubie monstratum) sed quia moram ante judicium super obligatione pura susceptũ fuisse commissam, non tam facile scire potest, quod & legitimam prius creditor interpellationem liquido probare teneatur, & insuper judicis arbitrium requiratur, *l. mora, ff. de usur.* cum è diverso moram, si maxime prius commissa nõ sit, certe tunc temporis, quo litis contestatio fit, nisi justam debitor litigandi caussam habuisse depræhendatur, contrahi contractamq; esse constet, *l. nemo rem, in fin. ff. de verb. oblig. & in simili respondet Ant. Fab. lib. 7. conjec. c. 3.* Porro *l. ædiles. §. item si ienaum, ff. de ædil. edic.* quarto loco inducta parum vel nihil ad rem facit, cum ne quidem post, nedum ante litem contestatam redhibiturus in mora fuerit, imo nec intervenire mora potuerit, quandoquidem in eum finem actio redhibitoria intentatur, ut venditor rem recipere teneatur, *l. 1. ff. de ædil. edic.* & venditor callide reticendo vitia rei, redhibitioni caussam vnice præbuerit: ut mirum non sit, emtorem, qui per traditionem rei possessor ac dominus esse cœperat, ad id quanto res deterior apud eum facta fuerit, teneri vel condemnari minime potuisse, nisi nominatim ædiles in edicto, quo redhibitoriam actionem induxerunt, simul etiam cavissent, ut ratio huius rei haberetur. Quod vel eo magis necessarium fuit, cum quoad culpam contractus inuicem mirifice discrepent, quod ex *l. contractus, ff. de reg. jur. & ibid. notatis per Dd.* liquet, ut non absq; ratione dubium fuerit futurum, anne in redhibitione per ædiles concessa, alicuius, & cuiusnam culpæ ante litem contestatam commissæ rationem haberi oporteret. Quanquam nec incommode dici possit, necesse fuisse, nominatim ea exprimere, ut propter apertam ædilium dispositionem in terminis, non minus euidenter constaret, habendam æstimationem, quanto res opera emtoris, familiæ procuratoriive eius deterior facta sit, vti constat, post litem contestatam hoc fieri tam posse, quam debere, nec opus esset, ad leges alias recurrere, indeq; per consequentiam quandam, quid isto casu sit obseruandum, demum extruere. Fortius vrgere videtur *l. videamus, §. si actionem, ff. de usur.* Verum posteriora fundamenta hunc quoq; nodum probe resoluunt. Quod enim fructus post moram in actione stricti juris non veniunt, eam ob caussam viuuenit, quia non modo propter culturam & curam, par est, ut debitoris, quippe adhuc rei domini remaneant, *§. si quis à non dom. inst. de rer. divis. juncta l. qui scit, ff. de usur.* sed & producuntur illo fine, ut quamprimum maturi fuerint, a re separati hominum vsibus impendantur & inseruiant, nec minus a re, præsertim separati, sunt alieni atq; diuersi, quam cœteræ accessiones multiplicari solitæ, ae ne pendentes quidem, nedum separati rem repræsentare vel in eius locum succedere dignoscuntur, multoq; minus idem cum ea finguntur, imo nec appellatione rei continentur, ut multis ostendit *Donell. in l. si filius f. §. ult. ff. de verb. oblig.* vsq; adeo, ut in stipulatione rei, fructus, ne quidem eo tempore pendentes, nedum separati vel deinceps nati, veniant sive promissi intelligantur, *d. §. ult.* Vnde si post moram venirent, omnimodo necesse foret vltra obligationẽ rei principalis, qua minime continentur, nec ut fructus contineri possunt, induci obligationem nouam, cuius vigore fructus a tempore moræ toties multiplicati & adaucti, sæpissime quoq; rei pretium quam longissime su-erantes

tes deberentur, quandoquidem judici tam larga potestas ex æquo & bono statuendi, vt quę propter moram creditori abesse dignoscitur vtilitas, prȩstetur, in judicijs stricti juris minime competit, *l. quia tantundem, ff. de nego. gest. l. quicquid astringenda, ff. de verb. obl.* Nouam vero gignere mora nequit obligationem, *l. si seruum, §. vlt. ff. de verb. ob. l. Donell. in l. in conuentionalib. §. vlt nu. 9. ff. de verb. obl.* Secus est in ęstimatione, quę licet naturaliter a re non producatur, sed ab hominum arbitrio ferme communi dependeat, *l. pretia rer. ff. ad leg. Fal.* tamen oritur a bonitate rei naturali siue intrinseca, eiq; commensuratur, vt ipsam non immerito ęstimationis matrem nuncuparit *Bal. in l. vn. nu. 54. C. de sent. quę pro eo quod int. quem refert & sequitur sb. Cag. in rub. n. 19.* & are hactenus est diuersa, vt nihilominus frequentissime, in locum rei succedat, eam reprȩsentet, eademq; cum ipsa quodammodo fingatur, & in plerisq; magis imitetur naturam rei principalis, eiq; sit conformior, quam illa cœterarum accessionum. Vnde cumprimis euenit, vt ad habendam ęstimationem, quanto vilior post moram res debita fieri cœpit, minime sit necesse, nouam constitui obligationem prout etiam a mora produci minime posset, sed sufficiat, obligationem rei principalis in eo statu siue bonitate, tam extrinseca quam intrinseca, qua tempore moræ fuisse dignoscitur, propter moram perpetuari, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obli.* ut quemadmodum superueniente rei totius detrimento propter interitum, durat etiamnum obligatio ad petendam; & quidem in bonitate pristina rē, eiusq; loco æstimationem consequendam, ita superueniente rei detrimento particulari propter diminutionem intrinsecæ vel extrinsecæ bonitatis, etiamnum duret obligatio ad petendam rem integra sui bonitate, quā tempore moræ habuisse dignoscitur, prȩditam, eiusq; bonitatis post moram deficientis loco pretium consequendum, *per l. in hac, ff. de cond. trit. l. si seruus, §. si seruus, ff. de leg. 1. l. hominem, ff. mand. cum sim.* Quod autem sexto adducitur fundamentum, refutatione peculiari vix eget, siquidem hypothesin eius, in obl generis aut quantitatis rem eius modo temporis, quo solui secundum conuentionem debuit, vel contestata lis fuit, deberi, veram non esse plurib. ostensum fuit exerc. præced. lun. 1. Cumq; in obl. generis & quantitatis, & jus nostrum disponat, & a contrahentib. ipsis tacite videatur actum, dari tunc oportere, cū creditor interpellabit, eo minus ambigēdum, rem eius temporis, quo fit interpellatio, in oblig. versari, ac proinde ad id æstimationem referri oportere. Septimū si quid in proposito valeret, æque concluderet aduersus æstimationem ad diem solutioni dictum referendam, cum non minus ille, quam interpellatio extraiudicialis contestationem litis non exiguo temporis interuallo prȩcedat. Sed vt a tempore solutioni expresse destinato, sic a tempore moræ per interpellationem inductæ, judex æstimationis, quę fuit ante litē contestatam, rationem habere potest, quia propter commemoratas antea rationes tale quid ei nō obscura juris dispositione nō modo permissum, sed & iniunctum est, *a. l. in hac, d. l. hominem,* quali casu judicis officium vires exercere suas ad ea, quę fuerunt ante litē contestatam, Vlp. ipse testatur *in d. l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* Ad octauū ex *l. si Calend. ff. de re jud.* deductū respondetur, tempus quo nouissime solui potest, nō id esse vel intelligi, post quod mora nequit amplius purgari, alioqui nec dies solutioni destinatus esset is, quo nouissime solui potuit, cum post eū purgare morā liceat, ubi pœna nō est adiecta, quę quidē in casu *d. l. si Cal.* deest: sed illud potius, vltra quod impune solutionē protrahere siue differre debitori minime licet, vt antea quoq; fuit ostensū: qua ratione regulā *d. l. si Cal.* tantū abest obstare sententię communi, vt potius eā quā max. cōfirmet, *per prad.* Quod nono argumēto vrgetur, agnoscimus, ICtos succincte potuisse dicere, tem-

tempus moræ ſpectandum quo ad æſtimationem: Sed vt omittam, in jure noſtro non eſſe novum, vt quod in genere non obſcure denotari poterat, enumeratione ſingularum vel præcipuarum ſpecierum exprimatur, *l. cum hi. §. hac oratio, ff. de tranſact. l. ſi ſervus, 27. §. cum eo plane, ff. ad leg. Aquil. l. ſi ſtipuler, §. vlt. ff. de verbor. oblig. l. neq. pignus, ff. de regul. jur. cum ſimilib.* negari non poteſt, fermè pleriſque locis ſimpliciter & in genere perhiberi, ad moræ tempus æſtimationem referri oportere, vt patet ex *l. in hac, ff. de condic. trit. l. ſi ſterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt. l. cum res, in princ. & l. ſi ſervus, §. ſi ſervus, ff. de lega. 1. l. ſi Calend. ff. de re judic. l. fundum, ff. de novat.* Quod autem aliquot locis diei litisq; conteſtatæ potius meminere ICti, factum id neq; fruſtra, nec inepte, ſed partim propter ipſam facti ſpeciem, vt *in l. quoties in diem, ff. de verb. obl.* partim propter indubitatam vtriuſque temporis moram probationis peculiaris vix egentem, vt in ſimili notat *Anton. Fab. lib. 7. coniec. c. 3.* Quibus accedit, quod litis conteſtatæ ſit is potiſsimum effectus, vt poſt judicium acceptum præſtari debeat, quicquid habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore ſolutum fuiſſet, *l. cum fundus, ff. ſi cer. pet. l. 2. ff. de vſur.* eoque vel hac de cauſſa in vna & altera lege pro regula ferme, nec immerito, ſtatutum videatur, litis conteſtatæ tempus quo ad æſtimationem eſſe ſpectandum, *l. 3. §. in hac, ff. commod. l. hominem, ff. mand.* ſic tamen, vt addatur alicubi reſtrictio, per quam intelligatur, hactenus æſtimationem cum cœteris acceſsibus tẽpore conuenire, vt tamen anteriore quoque tempore deberi, eiuſque ratio haberi poſsit, ſi mora litis conteſtationem præceſſerit, *d. l. hominem.* Vnde ſimul etiam perſpicitur, etſi tẽpus moræ per extraiudicialem petitionem inductæ, in *l. vlt. ff. de cond. trit.* pariterq; cum eo tempus ſolutioni deſtinatum in *d. l. 3. §. in hac,* ſit prætermiſſum, tamen cœteris in legibus hac de re agentibus neutrum plane ſilentio præteriri, ſed vel peculiariter exprimi, vel in genere ſaltem vnà comprehẽndi, *d. l. vln. d. l. in hac d. l. hominem, & ſim.* Circa vltimum, admittimus, non efficere moram, vt ipſamet æſtimatio ſit in obligatione, vti nec efficit, vt intrinſeca rei bonitas in obligatione ſit. Verum vt in bonitate intrinſeca jure videmus ita comparatum, vt ſi tempore moræ diei lapſu vel interpellatione contractæ ſit maior, quam anteriore vel poſteriore tempore fuerit, augmentum bonitatis iſtius eo ipſo, quod rei per ſeſe ſoli in obligationem deductæ ineſſe cœpit intelligatur etiam eo reſpectu contineri obligatione: ita ſi tempore moræ ſiue diei lapſu ſiue interpellatione contractæ bonitas extrinſeca, hoc eſt, æſtimatio, ſit maior, quã anteriore vel poſteriore tempore fuerit, augmentum bonitatis huius eo ipſo, quod rei per ſeſe obligatione contentæ peræque non natura quidem, attamen hominum tantum rei tunc valorem attribuentium ordinatione, cuius jure non minor, quam naturæ vis eſſe ſolet, ineſſe cœpit, vt tam neceſſe tunc fuerit, præſtari rem tanti valoris, quam tantæ bonitatis intrinſecæ, quantę tunc fuit, rem pręſtare oportuit, videtur etiam hoc reſpectu contineri obligatione, non per ſeſe quidem, ſed ratione rei tantum, quatenus huic ineſſe cenſetur. Nec tamen ideo ſequitur, æſtimationem, vel potius augmentum eius, quod æſtimationi poſterioris temporis deeſt, jure actionis peti poſſe: vti nec augmentum bonitatis intrinſecæ, quod ei poſt moram diminutę deeſſe depręhenditur, jure actionis exigi poteſt: quia non modo augmentum ratione rei tantum, & in conſequentiam, nõ per ſeſe principaliter obligatione cõtinetur, aut actionis jure debetur, verum etiam ſupponitur in propoſito, alterutram vel vtramq; bonitatem, quæ rei inerat, decreuiſſe, vt res tantæ bonitatis intrinſecæ vel tanti valoris pręſtari nequeat, cum tamen ipſa-

ipsamet obligatio non nisi rem, & quidem talem, vti tunc erat, cum dari deberet, hoc est, tantæ bonitatis intrinsecæ, tantiq; valoris compræhendere dignoscatur: Proinde cum ad exigendam & consequendam resartionem eius, quod bonitati sive intrinsecæ, sive extrinsecæ deest, actio per sese nec competat, nec intentari queat, necesse est, vt officio judicis habeatur æstimationis ratio, & creditori quo ad vtramq; satisfiat, *l. si quod ex Pamphila, ff. de lega. 2. l. centum Capuæ, & l. vlt. ff. de eo quod cert. loc. juncta l. in hac, ff. de condic. trit.*

7 Sic igitur defensa receptior sententia ampl. 1. ne tantum eo de tempore intelligatur, quo primum fieri post interpellationem mora cœpit, verum etiam de quolibet alio, quo postea plurimi res valuisse dignoscitur, ut tanti semper aduersus moratorem æstimanda sit res debita, quanti post moram semel inchoatam plurimi valuit: *Ita sensere Dd. pro sententia, quam propugnauimus, antea relati, ac præ cæteris tradiderunt Boer. decis. 68. num. 5. Molin. de vsur. q. 99. num. 745. Natt. consil. 599. num. 1. & 3. tom. 3.* Probatur aperte *per l. in re furtiua, §. si ex caussa, ff. de condic. furt. l. ex argento, ff. d. t. l. penult. ff. rer. amot. l. in hac, ff. de condic. trit. l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt. l. cum res, in princ. ff. de lega. 1.* ac late deducta in exerc. præced. lim. 1. quæ tanto fortius hic obtinent, cum textus & fundamenta pro sententia receptiore paulo ante allata non initium solummodo moræ per interpellationem inductæ concernant, sed simpliciter potius & indistincte concludant & evincant, æstimationem ad tempus moræ per interpellationem inductæ reducendam esse, certissimumque sit, non id modo, quo primum fieri mora cœpit, sed tempus vniuersum subsequens, quo continue mora durat, esse tempus moræ per interpellationem inductæ: vt proinde cum constet ad moræ tempus eatenus esse reducendam æstimationem, si tunc pluris valuit, (alioqui si debita res hodie pluris valeret, non esset, quod creditor, cui res ipsa præstanda venit, de commodo æstimationis, ubi propter alterius moram ademto conquereretur.) semper moræ, sive incipientibus, sive postea durantis tempus id, quo pluris, quam cæteris omnibus eius moræ temporibus valuisse res dignoscitur, quo ad æstimationem ineundam præ reliquis omnibus attendendum sit, *per prædicta.*

Ampl. 2. in creditore, per quem si steterit, quo minus acciperet, similiter à tempore oblationis, per quam fuit in mora constitutus, protinus habebitur æstimationis ratio, ut recte censuerunt adducti exerc. proxime præced. ampl. 1. in princ. idque per evidentem tex. *l. hominem, ff. mand. & l. 3. §. si per vend. ff. de act. emt.* & alia ibidem congesta fundamenta: ita quidem, vt creditor postea non modo rei, si minoris deinceps valeat, præstatione contentus esse teneatur, verum etiam si quo tempore moræ valuerit minoris, quam tunc temporis, quando paratus est accipere creditor, deduci creditori jure merito possit, quantum præsens æstimatio valorem rei, quando moræ tempore minimi fuit, excedit, *per tradita in d. amplit. 1. & eiusdem exercit. lim. 1. sub fin.* 8

Ampl. 3. procedere, sive debeatur certa species, *l. hominem, ff. mand. l. in hac, ff. de cond. trit. l. fundum, ff. de nouat.* sive res in genere, sive quantitas, *l. vinum, ff. si cert. pet. l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de act. emt. l. cum res, in pr. ff. de lega. 1. l. si Calendis, ff. de re jud.* Quamvis enim in debito generis & quantitatis præ cæteris contrarium tenuerint *Alciat. & Donell. in d. l. vin.* tamen eorum sententia cum paulo ante, tum etiam in *d. lim. 1.* satis refutata fuit. Sed erit hæc extensio intelligenda cum restrictione assignata & comprobata *in exerc. præced. ampl. 2.* 9

Ampl. 4. Vt mora per extrajudicialem petitionem inducta tempore 10

præce-

præcedit moram in judicio contractam, sic etiam (cæteris paribus) tempus illius moræ præ tempore litis cõtestatæ quoad æstimationem venit attendendum, *vt est tex. in d. l. hominem, ac per sese patet ex huc usq; dictis.*

11 Ampl. 5. in obligationibus faciendi, in quibus etsi non tam æstimetur factum ipsum, quam id quod interest creditoris, factum fuisse, quod secundum conuentionis legem fieri debuit, *l. si quis ab alio, ff. de re judic. l. si pœnam, l. quoties quis alium, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, cum simil. ff. de verbor. obli.* tamen æstimatio refertur ad tempus, quo cum interpellatus facere potuisset ac debuisset, non fecit; *Ita post alios Bart. in l. vbi exigitur, §. is autem, & ibid. præ cæteris not. Castr. nu. 2. & reliqui Dd. ff. de eden. Idem Bart. in l. qui autem, §. illud, quem sequuntur ibid. Bald. Castr. Fulgos. Lud. Rom. Jas. & cæteri, ff. si quis caut. Bart. in l. 3. § in hac, n. 7. ff. commod. Dd. in l. si Calendis, vbi late præ cæteris Alex. ff. de re judic. Loriot. in l. vin. nu. 18. & 20. vbi Bolognet. num. 54. ff. si cert. pet.* tum, per regulam *d. l. si Calendis* ad tempus, quo nouissime fieri potuit, æstimationem referentis, quale tempus interpellationis etiam extra judicialis esse, liquet ex superioribus: Tum per tex. *d. l. qui autem, §. illud*, quo perhibetur esse referendam æstimationem ad illud tempus, quo fieri debuit: Non minus autem necesse est in obligatione faciendi pura sine mora fieri, cum debitor est interpellatus, quam fieri debet ad diem facto præstitutum, quoties obligatio est in diem; ut proinde non sit ambigendum, in obligatione diem non habente, æstimandum esse, quanti creditoris interfuerit, protinus esse factum, cum interpellatus esset debitor. Tum, quia quoties jure obligationis sive actionis creditori debetur atq; præstandum venit, quanti eius interest, æstimatio eius quod interest, ad tempus nascentis obligationis est omnimodo referenda. *tex. not. in d. l. vbi, §. is autem, vbi Dd. ff. de eden. Fac. l. fundum, ff. de nouat. l. hominem, ff. mand. & vtrobiq; not. per Dd.* Constat autem in obligationibus faciendi, creditori jure actionis deberi, quanti eius interest, *l. si pœnam, l. stipul. non diuid. vers. Celsus, vbi omnes notant, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, ff. de verb. oblig.* & quidem tunc stipulationem committi sive nasci obligationem ad id quod interest, cum promissor interpellatus non facit, quod facere sine mora debuit, *tex. not. in l. cum stipulatus, §. cum venderet, ff. de verb. oblig. l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bonor.* Itaq; necesse fuerit æstimari quanti creditoris interfuit, esse protinus post interpellationem factum, quod fieri secundum conuentionis legem debuit. Hinc † vero simul id consequitur, ita ex eo tempore, quo per interpellationem debitor primum fuit in mora constitutus, æstimari creditoris interesse, ut nihil amplius referat, sive deinceps eveniat, creditoris interesse pluris, aliquo tempore posteriore fieri, sive contingat, minoris aut plane nihil eius interesse, tempore quopiam posteriore fieri, *d. l. qui autem, §. illud, d. l. vbi, §. is autem, & vtrobiq; Dd. l. justissime, §. in redhibitoria, ff. de ædil. edic.* cum, quia regulare est, ut quoties quanti res est, sive quanti creditoris interest, in obligatione versatur, sive jure actionis venit, spectetur ac præstari debeat, quanti fuerit tempore nascentis obligationis, neq; vel adaugeatur, vel diminuatur, nedum in totum tollatur, etiamsi postea res ipsa pretiosior aut vilior fiat, vel depereat, aut pluris vel minoris, vel nihil intersit creditoris futuro quopiam tempore fieri, *jur. præcit. & est tex. admodum notabilis in l. hominem, ff. mand. & in l. fundum, ff. de nouat.* tum etiam, quia debitor commissa semel obligatione ad id quod interest, compelli nequit, ut etjamnum faciat, sed in ipsius est arbitrio, moram purgare malit faciendo ante litem contestatam, an illud interesse totale, ad quod commissa fuit obligatio, soluere, *l. si insulam, vbi Dd. ff. de verb. oblig. Dd. in l. stipul. non diuid. d. §.* 12 Deniq; vel hac de caussa, eius quod credi-

creditoris intereſſe dignoſcitur, tempore quopiam poſteriore factum eſſe, in ratio nullatenus haberi debet aut poteſt, quia ſiue creditoris intereſſit pleris, fieri tempore quopiā poſteriore, nihil eſt, quod jure prętendere poſſit ipſe, qui tamdiu noluit expectare, vel eo demum tempore fieri, ſed longe priore tempore fieri deſiderauit, quod tempus quidem cum ipſemet elegerit, factumq; tunc non ſit, quod fieri debuiſſet, obligatio merito ad id ſimpliciter, quanti interfuit ipſius, eo tempore factum eſſe, non quanti intererit futuro quopiam tempore fieri, commiſſa fuit: Siue minoris, aut nihil interſit, fieri tempore quopiam poſteriore, non tamen propterea deſinit eius intereſſe, vel minus intereſt, factum fuiſſe tunc temporis protinus, cum interpellaretur debitor, neq; damnum de præterito ceſſat, *Dd. in d. l. qui autem, §. illud, vbi maxime Bart. & in d. l. vbi, §. is autem.* Etſi †
13 vero, an vel quanti interſit, tempore poſteriore fieri, non attendatur, nec in conſiderationem veniat, tamen eius quod intereſt, tunc temporis cum interpellatus eſſet debitor, factum abſq; mora eſſe, æſtimationem ſic iniri tam licebit quam oportebit, vt non tantum reſpiciatur atq; ſub ea comprehendatur, quod ratione prętеriti ſiue pręſentis, verumetiā quicquid ratione futuri temporis intereſſe creditoris deprehenditur, factum eſſe in continenti poſt interpellationem, *l. ſi in lege, § colonus, ff. locat. l. 2. ff. de ann. lega. & ſenſere Dd. in d. l. qui autem, §. illud, & in d. l. vbi, §. is autem, junctis notatis per eos in d. §. colonus, Bart. in l. ſtipul. non diuid. nu. 30. vbi poſt alios Bologn. t. nu. 192. & num. 245. cum ſeqq. ff. de verb. oblig. & clarius Lortot. in l. quatenus, §. ſupereſt, vt alium, verſ. ſi vero toto tempore, ff. de reg. jur.* Obſeruandum tamen, hanc extenſionem de obligationibus puris factorum ſolummodo momentaneorum intelligendam eſſe, non etiam ſucceſſiuorum, in quibus ſimul atq; tranſit tantum temporis, intra quod fieri poſſit, quod promiſſum eſt, ſtipulatio protinus citra interuenientem interpellationem committitur ad intereſſe ex eo ipſo temporis lapſu non aliter æſtimandum, quam in obligatione facti momentanei æſtimatur ex tempore interpellationis, ut abunde fuit oſtenſum in exercit. præced. ampl. 6.

Ampl. 6. etiamſi creditor prius in 14
mora fuiſſet, eo tamen poſtmodum interpellante licet extra judicium, debitor in mora procul dubio conſtituetur, & ab eo tempore ad æſtimationem quanti plurimi tenebitur, *Bart. in l. item illa, n. 10. verſ. & eodem modo, ff. de conſtit. pecu. Alexan. poſt alios in d. l. vin. n. 11. vbi Alciat. ad verba, ſi dictum, nu. 52. Dec. n. 14. Bologn. n. 49. dicens Dd. hoc tenere* communiter, *ff. ſi cert. pet. Ioan. ab Imol. in l. ſi inſulam, n. 39. vbi Alex. n. 48. & 49. Bologn. nu. 259. ff. de verb. oblig. Albert. Brun. de diminut. & deterior. con. l. 20. n. 145. verſ. eſt tamen, Carol. Molin. ad conſuet. Pariſ. t. 1. §. 13. gl. 11. num. 13. & §. 45. num. 13. M. Ant. Bauerius, de mora, p. 1. nu. 21. Lortot. in apic. t. de mora, ax. 8. & in libello de mora, §. porro quibuſdam verſ. quinto*, qui ſimiliter de communi teſtatur ſententia, quæ manifeſte probatur per tex. *l. ſed ſi poſtea, ff. de recept. arb.* aſſerentem, ſi creditor, qui antea noluit, poſtea paratus ſit accipere, (id quod procul dubio per interpellationem ab eo factam innoteſcit, ac liquet,) nec debitor ei ſoluat, commiſſam iri pœnam: vt proinde cum æſtimatio quanti plurimi tam grauis & odioſa nequaquam ſit, vti pœna, multo magis ad illam teneri debitorem oporteat ob moram poſteriorem licet extra judicium interpellatione inductam, *arg. l. cui pacto, in fin. ff. de ſeru. export. l. non debet cui, vbi Dd. ff. de reg. jur. juncta c. odia, & c. in pœnis, & vtrobiq. not. de regul. jur. in 6. cum ſimil.* Excipit quidem *Iaſ. in d. l. vin. num. 16.* facilius quem excuſari à mora, & conſequenter ab interitu vel æſtimatione quanti plurimi, quam à pœna, quod in obligatione ſimplici purgatio moræ longiore tempore, quam in pœnali ſit permiſſa: Sed fru-

ſtra, cum nec pœna ſine mora, præſertim quando per creditorem antea ſtetit, committatur, *l. etſi poſt tres, ff. ſi quis caut. l. arbiter Calendis, l. Celſus, §. idem ait, ſi juſſerit, ff. de recep. arb. l. trajectitiæ, verſ. nec aliter, & verſ. nam etſi, ff. de act. & oblig. cum ſimil.* & in obligationibus pœnalibus diem non habentibus, ad quas in effectu pertinere videtur obligatio pœnalis in diem, quādo creditor eo die accipere noluit, *d. l. Celſus, §. idem ait, ſi juſſerit, ff. de recept. arb.* peræque ad litem vſque conteſtatam purgari mora poſsit ad euitandam pœnam, *l. quid tamen, §. vlt. ff. de recep. arb. Dd. ordinarie in l. ſi inſulam, ff. de verb. oblig.* vt in obligationibus nec in diem nec ſub pœna conceptis illam eo vſq; ſine dubio purgare licet, ad euitanda futuri temporis incommoda, *d. l. ſi inſulam, & ibid. not. per Dd.* Vt omittam, à mora quem non excuſari, niſi cauſſa juſta ſubſit, propter quam confeſtim dari vel non potuerit, vel non neceſſe fuerit, *l. quod te, ff. ſi cert. pet. vbi Dd.* qualis certe non eſt ea, quod per creditorem antea ſteterit, cum ipſius mora grauiſsime coerceatur eo ipſo, dum nec pœnam, nec æſtimationem quanti plurimi, nec vllam aliam acceſsionem exigere poteſt, & ipſius periculo res debita perit, aut vilior ſive deterior fit, *l. hominem, ff. mand.* ſatiſq; purgetur, quando vel extra judicium vltrò exigit, quod oblatum antea accipere noluit, *arg. l. interdum, §. vlt. & l. ſi ſeruum, §. ſequitur, ff. de verb. oblig.* Deinde pro eadem tex. eſt *in l. ſi & per emtorem, 51. §. quod ſi, ff. de act. emt.* vbi per venditorem erat factum, quo minus ei pecunia debito die ſolueretur: nihilominus emtor ipſe moram poſtea incurrit, ſimul atq; per eum ſtetit, quo minus ſolueret. Negari vero minime poteſt, per eum ſtetiſſe, quo minus ſolueret, quando venditor pœnitentia ductus, ſolutionem flagitauit, paratuſq; fuit accipere pecuniam. Ad idem tex. *in l. illud, ff. de peric. & com. rei vend.* vbi de mora circa rem venditam adhibita agi conſtat, cum quia poſt emtoris moram venditorem ob dolum ſolummodo teneri perhibetur: tum etiam ex verſ. *quidenim*, nec non illis verbis prope finem, *cum poſſet ſe exoluere*: Iam vero licet in mora prius emtor fuerit, quia nempe rem venditam accipere noluit, nihilominus per eundem in mora viciſsim poſtea venditor conſtituitur, etiamſi nec lis mota, nec judicium acceptum fuerit, cum inducatur mora venditoris poſterior eo ipſo, quod cum potuiſſet ſe exoluere emtore poſtmodum accipere parato, neutiquam præſtitit, *d. l. illud, in fin.* Quibus inſuper accedit, quod mora debitoris longe grauior eſt, quam creditoris, cum huic ille, non è diuerſo hic illi ſit obſtrictus, neque creditor recuſando accipere obligationi tam contraueniat, quam debitor, ceſſando ſoluere, multumq; creditoris interſit, ſine mora debitum recipere, debitori contra parum decedere videatur, etiamſi diutiſsime creditor oblatam rem accipere noluerit. Atqui cum debitor in mora fuit, offerendo ſaltem extrajudicialiter id, quod ante moram præſtare debuit, non tantum purgat moram, ſed & creditorem ipſum hac ratione non minus in mora conſtituit, quam conſtituiſſet eundem in mora debitor, qui citra moram obtuliſſet, *l. qui decem, in princ. ff. de ſolut.* Ergo viciſſim creditor, qui fuit in mora, exigendo vel denunciando quod ſit paratus accipere id, quod ante moram accipere debuit, pari vel maiori ratione non tantum purgabit moram, ſed & debitorem ſoluere nolentem in mora conſtituet, non minus quam creditor, qui nondum in mora fuit, ſiquidem diſpoſitum in vno correlatiuorum, regulariter etiam in altero locum obtinere creditor, *l. vlt. C. de indic. vid. toll. cum ſimil. Late Ant. Gabr. Roman. lib. 5. commun. concluſ. 1. de legib. & conſtit. concl. 3.* tum præſertim, quando, vt in propoſito, maior in hoc ſubeſſe ratio videtur, quæ jus idem exigat, *l. cui pacto, in fin. ff. de ſeru. export.* Deniq; regula ſuffragatur, inter-

interpellatum congruo tempore locoq; moram committere, nisi confestim soluerit: nec distinguitur, in modo creditor ante interpellationem fuerit, nec ne, ut proinde nec nos distinguere, *l. 3. ff. de offic. præsid. l. in fraudem, in fin. ff. de testa. milit.* sed regulæ inhærere debeamus, *secundum not. per gl. & Dd. in l. omnis definitio, ff. de regul. jur. & ad rub. de reg. jur. in 6.* Contrarium quidem, videlicet, à creditore, qui fuit in mora, non posse debitorem in mora constitui nisi per litis contestationem, probare voluerunt *Salic. in l. sed etsi alia, num. 1. ff. de const. pecun. & in l. si pacto quo pœnam, n. 4. C. de pac. Iason in d. l. vin. num. 16. & ibid. Mantua,* per tex. *d. l. sed etsi alia, ff. de const. pec.* vbi deciditur factum actoris sine justa caussa non accipientis vsq; ad judicij tempus ipsi nocere: Sed ut alias in jure nostro non est rarum, ad tempus accepti judicij quidpiam referri, quod ad illud ita demum pertinet, si debitor ante litem contestatam non fuerit in mora constitutus, vt sup. monuimus: ita quod in responso Pauli perhibetur, simili plane modo accipiendum, nisi ante judicij tempus creditor interpellando debitorem constituerit in mora, quæ si litem contestatam præcesserit, non negat Paulus, eam potius frustratori, quam creditori interpellanti nocere debere, quippe posteriorem, *d. l. illud,* prout recte respondit *Alex. in d. l. vin. num. 11.*

15 Ampl. 7. etiamsi interpellatio non sit verbis incitatorijs facta, sed enunciatiuis, dummodo talibus, è quibus non obscure liqueat, omnino creditorem desiderare solutionem, puta, si dixerit, egeo pecunia, credo, sive, scio te solutionem nō vlterius dilaturum, emi domum ac debeo pretium, non suppetit pecunia, qua huic satisfaciam, illud summopere mihi necessarium comparem, vellem mihi solui pecuniam, &c. *Bart. in l. si quis mihi bona, §. pater filio, n. 1. vbi Castr. num. 5. Ioan. de Imol. num. 4. Aret. num. 11. Alex. num. 10. dicens* magis communem & veriorem, *ff. de acquir. hær. Bartol. in l. etiam hoc modo, ff. de legat. 1. Castrens. in l. & hoc modo, num. 2. ff. de legat. 1. Bald. in l. cum qui, §. 1. ff. de acquir. hær. Angel. & Flor. in l. mora, ff. de vsur. Jas. in d. l. vinum, num. 15.* magis communem *dicens, vbi Dec. num. 14. Purpur. num. 36. ff. si cert. petit. Dec. in repet. l. quod te, num. 42. vbi Cagnol. num. 87. Loriot. num. 14. ff. d. t. Matth. de Afflict. in c. 1. §. adhæc, num. 7. hic fin. lex. M. Anton. Bauer. de mora, p. 1. numer. 35. Bernh. Diaz. regul. 355. Joan. Guterius de contract. juratis, c. 56. num. 8. Guid. Pancirolus consil. 121. num. 28. Loriot. in apicib. de mora, ax. 6. & in lib. de mora, §. secundum, versic. item non interest, Joan. Bapt. Villalob. lib. commun. opin. verbo, interpellatio, numer. 91. & Eman. Soar. in thesau. recept. senten. verb. interpell. numer. 161.* Patet ea cumprimis ex *d. l. si quis mihi, §. pater filio,* vbi pater, cuius jussus in adeunda per filiumfamilias hæreditate est necessarius, censetur jussisse per illa verba enunciatiua, scio quod inuigilabis hæreditati tibi delatæ. Similis tex. *in l. etiam hoc modo, & in l. & eo modo, ff. de legat. 1.* vbi verba, credo te daturum, scio te restiturum, licet enunciatiua sint, dispositionem inducunt, vt per ea nonminus intelligatur fideicommissum esse relictum, quam si verbis dispositiuis ad fideicommissum relinquendum alioqui necessarijs testator vsus esset. Ac licet excipiat Menoch. *de arbitr. judic. lib. 2. cent. 5. casu 401. numer. 13. & 24.* in aditione & fideicommisso, de quibus allegatæ leges loquuntur, conjecturatam disponentis voluntatem sufficere, responderi tamen potest, etiam interpellationem non alia de caussa requiri, quam ut ea mediante debitor certus reddatur de voluntate creditoris creditoris amplius penes eum rem debitam relinquere nolentis, eaque cognita solvendo faciat officium. Proinde cum huiusmodi verba, de quibus agimus, licet incitatoria non sint, voluntatem tamen creditoris sufficienter denotent, interpellationi merito sufficient, vel eo magis, cum

adeunti vel restituere grauato maximum verbis enunciatiuis inferatur præjudicium, interpellato nullum, si faciat officium, quod ab eo data fides & ratio juris exigit. Suadet idem vulgata juris regula, verba enunciatiua principaliter ac propter se prolata dispositionem inducere, præsertim in dependentibus à potestate proferentis, quam ad propositum rectè accommodant *Alexan. in d. §. pater, & Dec. in d. l. quod te, & in d. l. vin.* Præterea licet expressa deesse videatur solutionis requisitio, pro expressa tamen habenda erit requisitio tacita, quæ ex verbis enunciatiuis in hunc finem vsurpatis non obscure colligitur, *l. triticum, ff. de verb. oblig.* Sive enim dixerit ad debitorem creditor, egeo pecunia, nemo non intelligit, caussam prætendi, propter quam diutius creditor expectare nolit, sed propediem sibi solui omnino desideret. Et quorsum alloqui debitori exposuisset indigentiam, nisi consequens istud inde tacite colligendum pariter innuere voluisset. Non enim existimandum, huiusmodi denunciationem ab eo frustratorie vel otiose fuisse interpositam: multoque minus caussa demonstrandi, quantum debitori gratificetur, fieri potuit, cum & jactatio beneficentiæ per sese tam vitiosa quam odiosa sit, nec ex commemoratione solius indigentiæ, quisquam ratiocinando concludere possit, indigentem non absq; dispendio suo diutius expectando gratificari velle alteri, sed contrarium potius inde necessaria consequentia inferatur, nisi creditor adjecerit, indigentia non obstante sese diutius expectaturum. Sive compellarit hisce verbis, scio, vel, credo te solutionem non vlterius dilaturum: plana est intentio creditoris ideo sibi tale quid persuadentis, quia satis hinc debitor animadvertit, eum diutius expectare nolle, solutionem desiderare.: Sive ita, emi domum, pro qua debeo pecuniam, vel, non suppetit pecunia, qua huic satisfaciam, illud mihi summopere necessarium comparem: iterum caussam denotat, propter quam diutius in exigendo non expectet, [illegible] inde necessaria quadam consequentia debitor ipse, quem forte revereatur, colligat eum vel maxime desiderare, vt sibi solvatur. Sive in hunc modum: vellem pecuniam, quam mihi debes, manifestis vtique verbis declarat voluntatem suam, quod nihil æque sive magis expectet vel experat, quam solutionem. Idem de similibus judicium. Adde quod interpellationi solennia verba nullatenus necessaria sint, eoque sufficiat, quibuscunque verbis de mente sive intentione creditoris non obscure liqueat, *l. 1. & ibid. not. per Dd. C. de juris form. & impetr. act. subl.* semperque potius id quod actum, quam quod dictum fuit, intuendum atque sequendum, *l. sed Celsus, §. si fundus versic. in emtis, ff. de contr. emt.* & sit spectanda magis voluntas, quam verba, *l. in conuentionib. vbi Dd. ff. de verb. signif.* Idq; vel eo magis, cum sit æquitati, jurique maxime consentaneum, interpellationem verbis humanis fieri, *l. quidam Iberus, ff. de seruit. vrb. l. si bene, ff. de vsur.* Contrarium vero † tenerunt *Petr. & Cyn. in l. in minorum, C. in quib. causs. in int. rest. Alberic. in l. quod te, ff. si cert. pet. Ias. in d. l. si quis mihi, §. pater filio, num. 11. dicens hanc sententiam veriorem: Idem in l. si ex legati, num. 16. ff. de verbor. obligat. Bolognet. in d. l. quod te, num. 58. & in d. l. vin. num. 45. nec non in l. non solum, §. morte, num. 196. ff. de noui oper. nunc. Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. casu 461. Mascard. de probat. volum. 2. conclus. 1070. num. 26. Eandem, excepto tamen eo casu, quando is, cui reuerentia debetur à creditore, interpellandus est, sequitur Raph. Cuman. in d. §. pater filio, Zas. in d. l. si ex legati, numer. 15. 16.* 18 Moventur ii primò, quod interpellatio, quæ hic dicta videtur, quasi valida pulsatio, sive magna compulsio, ut protestatio incitatoria, quam verba incitatoria requirere tradit *Bart.*

Bart. in d. l. non solum, §. morte, num. 51. Sed cum fuerit ostensum, ac per sese quoque pateat, ea, de quibus loquimur, enunciatiua verba, tacitam sine dubio requisitionem siue incitationem importare, tacitaq; sit eadem, quæ expressi vis, nec referat, vtrum ex æquipollentibus fiat, recte *Bart. in aliis locis sup. rel.* ita suam de verbis incitatoriis ad protestationem incitatoriam necessariis conclusionem *in d. §. morte* traditam declarat, vt sufficere arbitretur, etiamsi per verba saltem enunciatiua, tacitam tamen incitationem siue requisitionem inducentia, fiat interpellatio. Secundò per *l. quæ Romæ, §. coheredes, ff. de verb. obl.* ac si quæ sunt similes, quibus perhibeatur, denunciatum esse soluatur: siquidem denunciare, vt soluatur, verba esse videntur incitatoria. Sed præterquam quod denunciatio de soluẽdo etiam fiat verbis enunciatiuis tacitam solutionis requisitionem inducentibus, ac proinde in casu *d. §. coheredes* & similium, interpellatio tam poterit esse facta verbis huiusmodi enunciatiuis, quam expresse incitantibus, (nec enim formalia interpellationem verba referuntur,) illud proculdubio constat, ea iura neutiquam disponere, verbis expresse incitantibus interpellationem fieri oportere: quare licet in eis interpellatio verbis facta esset incitatoriis, neutiquam tamen sequeretur, eam verbis aliis in effectu æquipollentibus fieri minime posse, cum præsertim ex eo, quod in vna facti specie incidisse siue interuenisse proponitur, nulla sit necessitas inferendi, idem peræque in cœteris omnibus eiusdem generis fieri debere, vt in iisdem idẽ jus obtineat, *l. traiectitia, ff. de oblig. & act. & not. Dd. in d. §. coheredes, post tex. ibid. vbi post alios Donell. num. 5. & in l. si ita quis, §. Seia, num. 13. ff. de verb. obl.* Tertio, quia sola necessitas creditoris debitori cognita non efficit, vt censeatur interpellatus, *tex. in c. 1. §. licet, si de feud. fuer. cont. inter do. & agn.* At in proposito non subest solũ modo necessitas debitori cognita, verum insuper accedit denunciatio creditoris, necessitatem siue indigentiam suam debitori legitime notificantis, quam quilibet intelligit, eo demum fine fieri, vt cõmemorata caussa propter quam diutius differri solutionem creditor permittere nequeat, debitor ad soluendum incitetur. Quartò, quia verba enunciatiua non disponunt, nisi vsque ad significationem suam, & in iis, quæ præcedunt vel sequuntur, *Bolognet. in d. l. vn. numer. 45.* Atqui procedit hoc, nisi ex mente loquentis, quæ verborum significationi sine dubio præualet, *l. si ire oportet, vers. sed etsi maxime, ff. de excus. tut. cum concordantib.* Cuiue deseruire verba & adaptari debent, *c. intelligentia, c. propterea, c. in his, de ver. sig. & sim.* sed obscure contrarium appareat, *Lud. Roma. cons. 65. num. 7. Cravet. de antiq. temp. p. 1. num. 92. vers. secundo principaliter*, vti quidem in proposito vsu venit, vbi non obscure liquet, hæc ea mente proferri verba, vt incitetur ad soluendum debitor. Quod si verba, de quibus agimus, diligentius attendantur, facile patebit, requisitionem siue incitationem vel sub eorum significatione contineri, puta, quando verbum *volo* fuit vsurpatum, quod incitativum esse, nemo diffiteri potest: proinde licet optatiuo modo, & sic enunciatiue ptolatum fuerit, quia tamen principaliter ac per se positum disponit, vtique tum quoque secundum significationem suam incitabit, quicquid tandem scrupulose prætendat absq; ratione *Bolognet. in d. §. morte, numer. 196.* Vel in necessarium quoddam antecedens præsupponi, puta, cum dixit creditor, scio, siue, credo te solutionem non vlterius dilaturum: nec enim tale quid scire vel credere potest, nisi ex caussa necessario præsupposita, propter quam nequit vlterius impune differri solutio, videlicet interpellatione, qua nec tacite nec expresse interposita, nihil minus creditor sibi persuadere potest, quam

debitorem, cuius voluntatem singulas in horas mutabilem, habere nequit exploratam, solutionem non vlterius esse dilaturum. Vel certe necessario per consequens inferri, quod tunc evenire non ambigitur, cum indigentia pecuniæ debitori commemoratur, a qua tacita incitatio siue requisitio solutionis perinde producitur atque dependet, ut effectus à caussa, *per præd.* Quinto Menoch. mouetur, quod huiusmodi verba dubitationem magis, quam scientiam inducant, cum possint significare & non significare interpellationem. Sed hoc negari potest, cum ex eo, quod creditor indigentiam suam debitori exponit, aut aliter eum humaniter officij commonefacit, nemo non intelligat vel animaduertat, id ab eo non alia intentione fieri, quã vt à debitore sine vlteriore dilatione soluatur. Sexto: Quia magnum ex mora præiudicium infertur, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl.* & in his, quę magni præiudicij, simplex admonitio non obligat monitum, *l. si filiusf. ubi gl. not. ff. de tutel.* At in proposito præsupponitur obligatio dudum inducta, vigore cuius desideretur solutio, cum è diuerso *d. l. si filiusfam. cum gl. ibid.* solùmmodo loquatur & procedat, cum de obligatione nouiter inducenda agitur: nec admonitio creditoris illũ per sese præiudicium affert debitori, sed ipse sibi præiudicat vlterius differendo solutionem, qui tam potuisset quã debuisset euitare pręiudicium, posteaquam monitus nouit, quid agendum sibi sit, *vt respondet Menoch. ipse de arb. jud. lib. 2. casu 220. nu. 37.* Septimo, quia verba ista, quippe generaliter concepta, non possunt dici certa & clara, qualia requiruntur in interpellatione, *l. aut qui aliter, §. 1. ff. quod vi aut clam,* cum generalitas obscuritatem pariat, *l. ita fidei, ff. de jure fisc. l. Iulianus, §. idem Iulianus, & l. in venditione, ff. de act. emt.* Sed hoc tum verum, cum propter eam non intelligitur, quid loquẽs senserit, aut sermo varium habet intellectum, *Io. An. in add. ad Spec. t. de teste, §. nunc vide,* quorum neutrum accidit in proposito: Quamuis etiam negari queat generalitas, cum plures illa verba species haud comprænhendere videantur, & inter verba enunciatiue prolata, & generalia multum interesse, nemo sit, qui nesciat. Non est igitur a priore sententia communi recedendum, vt asserit etiam *Iason in d. l. si quis mihi, §. pater filio, ff. de acquir. her.* secundum quam sustineri potest, quod a nonnullis perhibetur, notificatione debiti quem in mora constitui, *Bal. in d. l. vin. num. 14. vbi Ias. nu. 15. ff. si cer. pet. Diaz. regul. 355.* Alioqui si debitori forsitan ex alieno facto obligato simpliciter facta esset notificatio, non ijs verbis, e quibus haud obscure liqueat, omnino creditorem desiderare solutionem citra vlteriorem dilationem, neminem in mora constituere posset, vt sensit idẽ *Ias. in d. §. pater filio, num. 10. & 11.* cum scientia debiti, propter quam notificatio fit, moram non inducat, ac deinde etiam tacita incitatio siue interpellatio de soluendo, sine qua mora non committitur, *l. mora ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verb. obl.* Similiter sententię receptæ non erit locus, quando aliunde, siue reliquis è circũstantiis aut verbis vlterioribus haud obscure deprætenditur, creditorem non ea intentione sic debitorem compellasse, vt verbis humanis eum incitaret ad soluendum citra dilationem, sed potius alia quapiam de caussa, puta, si propterea creditor apud debitorem meminerit indigentię, ut exaggeraret alterius debitoris in soluendo negligẽtiam siue tergiuersationem: tali namque casu cessant fundamenta paulo ante allata, vt proinde sit hic amplectenda sententia contraria *Petri, Cyni & alior. supr. relator.*

Ampl. 8. Etiamsi vnica saltem interpellatio interuenerit, nihilominus in mora non soluens constituetur, & consequenter ab eo tempore ad æstimationem quanti plurimi renebitur, *gl. in l. mora, ubi Bald. numero 1. & reliqui Dd. ff. de vsur. Bartol. in l. qui Romæ, §. Seia, numer. 4. ubi Io. an. ab* 17

an ab Imol. numer. 21. Iaf. numer. 26. ff. de verbor. oblig. Castren. in d. l. qui Romæ, & coheredes, num. 4. dicens omnes ita tenere, ibi Iason num. 8. qui de communi testatur ac Donell. nume. 5. Bartol. in l. Titia Seio, §. vsuras, nume. 1. & 3. ubi Bald. num. 2. Ioan. de Imol. num. 6. ff. de lega. 2. Dd. in l. de pupillo, §. si quis ipsi prætori, vbi late Alex. maxime nu. 6. ff. de noui oper. nunc. Castr. in l. semel mora, nume. 3. vbi Alex. num. 7. ff. solut. mat. Cagnol. in l. quod te, num. 87. vbi Zas. num. 40. ff. si cer. pet. Donell. in l. si ita quis, §. Seia, num. 13. ff. de verb. oblig. Cuiac. ad Afric. trac. 8. in l. cum patrisfam. ff. de vsur. Loriot. in apicib. 1. de mora, ax. 7. & in lib. de mora, §. secundum, versic. tertio si. Ferret. de mora, num. 26. Stephan. Forcat. de mora, pag. 1. num. 10. 11. 12. 13. Bauer. de mora, pag. 1. nume. 2. Saporta de mora, c. 2. numer. 28. Mol. de vsur. quæst. 40. num. 305. & ad consuet. Paris. t. 1. §. 47. num. 4. Paris. cons. 123. num. 13. vol. 4. Hieron. Gabr. co. 121. numer. 58. Petrus Greg. in syntag. lib. 21. c. 14. nu. 4. Anton. Faber. lib. 6. coniec. c. 7. Bronch. Ixxvr. cen. 1. asser. 100. Sequuntur & cõmunem dicunt Purpur. in d. l. vin. numer. 42. & ibid. Bolognet. nume. 44. dicens ab ea in practica non esse recedendum, Eman. Soar. in thes. recept. sent. ver. interpell. num. 102. Menoch. de arb. jud. lib. 2. casu 220. num. 26. dicens non modo crebriorem, sed & veriorem, pro qua plures alios allegans Tiraq. de retr. consan. §. 9. glos. 3. numer. 23. Schrad. tr. feud. pagina 6. c. 6. numer. 41. & pagina 10. sect. 9. numer. 41. Mascard. de probati. conclus. 1070. nume. 11. vol. 2. Mouentur plerique per d. l. Titia Seio, §. vsuras, ff. de lega. 2. & l. semel mora, ff. solu. matrim. quæ cum de mora semel commissa, non de interpellatione semel interposita loquantur, parum admodum vel nihil probare videntur, vt recte notant Cuiac. lib. 2. miscell. c. 7. num. 3. Bologne. in d. l. vin. numer. 44. quicquid tandem Forcat. d. pag. 1. num. 10. prætendat. Probatur tamen per l. de pupillo, §. si in plurib. & l. cum procurator, §. 1. ff. de no. oper. nunc. vbi sufficit ædificanti semel esse nunciatum novum opus, cum tamen ea nunciatio sit maximi præiudicij, vt ædificans, etiamsi culpa nondum vlla ei posit imputari, protinus ab ædificando desistere. vel satisdare teneatur, d. l. de pupillo, §. si quis forte, & §. si is cui, ff. de noui oper. nunc. Multo magis igitur sufficiet vnica denunciatio de soluendo, vt soluere sine vlteriore dilatione debitor teneatur, aut in mora constituatur, cum per eam nihil requiratur aliud, nisi ad quod de jure tam communi quam conuentionis est obligatus, & sit quod imputetur debitori, qui exigenti soluere noluerit vel distulerit. Deinde per l. mora, in princip. ff. de vsur. l. Titiæ textores, §. vlt. ff. de lega. 1. l. si penum, versicul. & tunc, ff. quando dies lega. ced. l. 1. §. non exigit, versicul. sed sufficit, ff. vt in poss. legator. l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bon. l. si ex legati, ff. de verbor. obligat. l. qui decem, in princip. versicul. quanquam, ff. de soluti. cum similibus, quibus simpliciter perhibetur, eum, qui aliquando interpellatur, nisi dederit, in mora constitui. Quamvis enim non expresse adijciatur, semel interpellatum siue interpellandum esse, perinde tamen est, ac si particula semel nominatim addita foret, cum sit notissimi juris, regulariter vnamquamque dispositionem de eo quod semel & sæpius fieri potest, conceptam non nisi de vnico primoque actu intelligendam esse, l. bones, §. hoc sermone, vbi late post alios Tiraquell. similes text. plurimos allegans, ff. de verbor. significat. Nec parum suffragatur text. l. item veniunt, §. præter hæc, & §. petitam, ff. de pet. hered. quo cauetur, bonæ fidei possessorem, cum primum ei denunciatum est, nisi confestim pretia rebus ex hæreditarijs redacta restituat, ad vsuras teneri. Namque cum prima denunciatio tantum operetur adversus eum, qui ignorauit, alteri pretia rerum hæreditariarum præstari oportere, certe juri consentaneum videtur, vt ille, qui probe nouit, alteri sese

obstrictum esse, prima denunciatione, nisi citra dilationem soluat, in mora constituatur. Cumque creditor vnica denunciatione luculenter voluntatem suam declaret, quod expectare diutius nolit, citraq; dilationē vlteriorem sibi solui desideret, ac proinde iustissima caussa sit, propter quā debitor intelligere tam possit quam debeat, confestim se dare oportere, vtique vel vnica sufficiet interpellatio, vt post eam soluere cessans in mora constituatur, *l. quod te, ff. si cer. pet.* idque vel eo magis, quia de voluntate creditoris ex vnica interpellatione satis certus est debitor, vt interpellationibus vlterioribus, eum denuo certiorem fieri necesse non sit, *l. 1. in fi. ff. de act. emt. c. eum qui, de reg. jur. in 6.* Et quorsum pluribus opus esset interpellationib. cū vt incitatoria protestatio, sic etiam interpellatio de soluendo, quæ sub eo genere continetur, *Bart. & Dd. in l. non solum, §. morte, ff. de noui op r. nunc.* semel interposita semper duret, vimq; suam exerat, vsque dum facto quopiam contrario tollatur, *l. traiectitia, ff. de oblig. & act. Bald. in l. mora, num. 8. ff. de vsur.* & mutatio voluntatis præsertim in deterius, non facile præsumatur, *l. eum qui, ff. de proba. l. cum hic status, ff. de dona. int. vir. & vx. Alc. reg. 2. præsum.*

18 *16.* Contrariam † vero sententiam, quod vnica non sufficiat interpellatio, vt quis in mora constituatur, nisi quando interpellatus copiam sui non amplius facit, tenuit ex antiquorib. *Franciscus Tigri, & ex recentioribus Corasius lib. 2. miscell. c. 6.* tuetur quatuor potissimum fundamentis, quorum primum quidem & præcipuum est, *tex. d. l. mora, vers. cum etiam.* quem *gl. & Dd.* vulgo eludere conantur, subintelligendo, creditorem tempore interpellationis vlteriorem dilationem vel expresse indulsisse, vel tacita saltem, quia forte debitore solutionis difficultatem & inopiam præsentem caussante, induciasque precante creditor nequicquā contradicens abscesserit. Etsi vero dubium non videatur, quin tali casu necessaria sit instantia repetendi debiti, siue interpellatio vlterior, tamen isthæc subauditio nec textui congruit, nec diuinatione caret, cum in eo verbum hac de re nullum, & ICtus vers. *cum etiam* vbi vltra denunciationem domino factam requirit instantiam repetendi debiti, adducat pro confirmatione eius, quod modo de denūciatione seruo facta dixerat; vt cum denunciatio domino facta non sufficiat, multo minus denunciationem saltem seruo factam sufficere intelligatur, eoq; sicut in vers. *& non sufficit,* indultam fuisse seruo dilationem fingi minime potest, ita nec in annexo vers. *cum etiam*, alioqui propter maximam casus atque rationis diuersitatem vers. hie pro illius confirmatione nihil omnino faceret. Aliter itaque præcitatum tex. *Salic. nu. 1. & 13.* intelligit, vt repetitio, de qua illic & instantia locum habeat, vbi prima interpellatio non tenuisset, vti facta incongruo loco & tempore. Quæ tamen interpretatio peræque vt prior, diuinationis vitio laborare, neq; congruere videtur intentioni ICti cupientis eo vers. planius comprobare, denunciationem seruo debitoris absentis factam non sufficere ad probationem moræ: Proinde tam facile quam prior à Corasio reijcitur. Cuiac. autem *tr. ad Afric. 8. in l. cum patris. ff. de vsur.* hunc locum sic interpretatur, vt interpellatio quidem, quam testatò, hoc est, testibus atq; notario adhibitis fieri oportere censet, vna sufficiat: instantiam tamen absq; testibus repetendi debiti post interpellationem perseuerare necesse sit, prout etiam censuit *Ant. Fab. d. c. 7. lib. 6. coniect. idemq; sensit Bronch. d. assert. 100.* Verum etsi consultissimum sit atq; tutissimum, interpellationem in præsentia notarij testiumque fieri, cum ad seriam voluntatem creditoris solutionem desiderantis euidentius detegendam, *Castrens. in l. semel mora, num. 3. ff. solu. matr.* tum etiam, vt interpellationem esse factam,

ctam, si forte debitor inficietur, probari possit, eoq; denunciationem testato fuisse factam legatur *in l. si procuratorem, §. igitur, vers. sed etsi, ff. mand. l. qui Roms, §. coharedes, ff. de verb. oblig.* attamen interpellatio subsistit, legitimeq; fit, etiam sine adhibitione notarij testiumq;, vel interventu scripturæ, *Bolognet. in l. non solum, §. morte, numer. 12. ff. de noui oper. nunc. Stephan. Forcat. de mora, p. 1. numer. 12.* cum res non instrumentis, quorum appellatione testes & scripturæ promiscue continentur, *l. 1. ff. de fide instrum.* gerantur, sed in hæc rei gestæ testimonium conferatur, *l. cum res vbi Dd. C. de probat.* & sufficiat quocunq; modo constare denunciationis interpositionem, *l. si serui, ff. de negot. gest. Dd. in l. de pupillo, §. nunciationem, ff. de noui oper. nunc.* nec in iure nostro tabellionis aut testium interventus ad interpellationem pro substantia vel solennitate formali requiratur, vt in testamentis & vltimis voluntatibus, *§. 1. inst. de test. ordin. l. vlt. in fin. C. de codicill.* potius contrarium colligatur ex *l. quidam decedens, & ibi not. per Dd. ff. de admin. tut.* Nam quod *in d. l. si procuratorem, §. igitur, versic. sed etsi, ff. mand. & in d. l. qui Romæ, §. cohæredes, ff. de verbor. obligat.* legitur testatò denunciatum esse in facti contingentia sic proponitur, ex qua nisi quatenus decisio super ea fundatur, non licet arguere, *Jas. post alios in d. l. qui Romæ, §. Callimachus, num. 1. 6. ff. de verbor. oblig.* nec ex eo ius sumitur, quod ex abundanti fit, *vt ait Cuiac. in d. l. cum patris.* Vnde cum præsuppositum Cuiacij de denunciatione testatò interponenda, juri minime consentaneum videatur, difficultatis propositæ solutio, quam extruit inde, subsistere nequit: vel eo minus, cum rationes, quibus recepta sententia nititur, instantiam debiti repetendi præcise non esse necessariam ostendant, & consequenter eidem solutioni plane refragentur. Alia fuit hac in parte opinio *Lud. Charonaa lib. 5. verisimil. c. 10.* quem non immerito refellit *Meno. h. de arb. jud. lib. 2. casu 220. numer. 41. & 42.* Advertendum itaque, Martianum illic non asserere, à creditore vel eius procuratore ipsi domino fuisse denunciatum, sed facti speciem, contextumque potius evincere, servum interpellationem sibi factam domino denunciasse: Ait enim servi dominum absentem fuisse, nec est verisimile, ICtum in verbis proximis eo de debitore loqui, cuius servo non fuerat antea denunciatum, cum nominet ipsum dominum, quod non nisi vel relatione respectuque servi, cuius ante meminerat, dici potuit: idemque clarius apparet verbis è sequentibus, *cum postea is sui potestatem faceret*; quibus non obscurè denotatur, antea dominum sui potestatem creditori non fecisse, cum, quod à contrario sensu tale quid infertur & consequitur: tum etiam, quia si fuisset antea, quoque præsens, eo ipso copiam sui fecisset, siquidem is demum sui copiam non facit, qui est absens, aut latitat, *l. 2. §. potestatem, ff. quibus ex causs. in poss. eat.* quorum quidem de posteriore verbum in textu nullum, prius autem paulo ante nominatim fuit expressum. Iam vero cum creditor aut procurator eius, ipsum dominum non interpellarit, sed servus interpellationem sibi factam et saltem denunciaverit, mirum non est, exigi repetendi debiti instantiam, debitore copiam sui faciente: cum, quin interpellatio servo facta, propter justam debitoris absentiam, & inhabilitatem servi, protinus ab initio fuit per sese invalida, quo ad inducendam debitoris moram, vt tractu temporis convalescere vix possit, *l. quod initio vitios. & l. penult. ff. de regul. jur.* tum etiam, quia sive adhuc absenti servus denunciavit, interpellationem sibi factam, nihil est, quod imputetur ei, qui non tenebatur sese præparare ad solutionem prius quam interpellaretur, *l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bonor.* nec

nor. nec in locis peregrinis facultas expediendi, nedum transmittendi pecuniam solvendam suppetere consueuit, potius imputandum creditori, quod ante profectionem non interpellarit: siue demum eo reuerso, probabiliter existimare potest, creditorem quia tempore interpellationis, quando maxime pecunia debita indigebat, eam consequi non potuit, interim alia ratione sibi prospexisse, nec non aliunde pecuniam procurasse, vt ea nunc tantopere non amplius indigeat: qua in opinione multo magis confirmatur, quando reversum creditor, cum posset, ne verbulo quidem ad solvendum sollicitat, non omissurus, si nollet amplius eum pecuniam habere creditam: Tum deniq; per *l. de pupillo*, *§. si quis ipsi, ff. de noui operis nunc.* ex qua lege juncto textu nostro, regula per *Dd. in d. §. si quis ipsi*, extruitur, quoties debitori propter absentiam aut aliud impedimentum non injustum ab ipsius parte interveniens denunciari nequit, non sufficere protestationem interim factam, nisi eo reuertente, vel impedimento cessante, creditor ipsi primo quoq; tempore denunciet, *Constant. Roger. de protest. t. 1. §. 4. num. 13. & 14.* Quocirca cum nec textus de interpellatione per creditorem ipsi debitori facta loquatur, nec assignatæ rationes ei congruant, nihil eo textu iuuatur assertio Coras ij perperam existimantis, conjectare legem, quando creditor, cum possit, non iterum interpellat, eum non perseuerare in ea voluntate, vt in mora debitorem velit constitui. Adducit deinde *l. Aemilius, ff. de minor. l. si mandato, §. ille aut ille, ff. mand. l. qui Romæ, §. cohæredes, ff. de verbor. oblig. l. si conuenerit, 4. in fin. ff. de pignor. act.* quibus etsi plurium denunciationum fiat mentio, verissimum tamen est, quod ad tres priores leges Dd. nostri respondent, plurium denunciationum in facti solummodo narratione mentionem esse factam, quia scilicet ita acciderat, ut sæpius denunciatum fuerit, itaq; ICtis factum fuerat propositum: frequenter autem in proponenda facti specie simul id narrari, quod etsi non intervenisset, idem juris nihilominus fuisset, notius est, quam ut negari posit: Vnde pro regula traditum, ex facti contingentia siue narratione argumentari minime licere ad decisionem juris siue caussarum, nisi quatenus legis dispositio super ea sese fundat, *gl. in l. vn. & ibi not. per Dd. C. quando non pet. part. gl. in c. auditis, de elect. pro qua plura congerit Ias. in d. l. qui Romæ, §. Callimachus, num. 6. & in §. Seia, num. 26.* nec ex eo, quod quia simul id intervenit, non raro adjicitur ex abundanti, contra legislatoris voluntatem jus sumatur, *Cuiac. in d. l. cum patris. ff. de vsur.* In casu *d. l. si conuenerit*, trinam quidem denunciationem de solvendo requirit Vlpianus, non tamen ob moram, in qua constituitur, simul atq; post primam denunciationem solvere cessat, sed ut contra dispositionem juris communis, adeoq; contra peculiarem conventionem, ne distrahatur pignus, pervenire creditor posit ad distractionem pignoris, quæ cum sit species quædam executionis, *l. à diuo Pio, §. in venatione, ff. de re judic.* quodque magis est, expressa partium conventione sit inhibita, merito non alia ratione permittitur, quam si debitor extrema frustratione siue tergiuersatione vtatur: Ea vero tunc vti videtur, quando ad similitudinem trium edictorum, quæ competentibus intervallis proponuntur adversus debitorem absentem ad convincendam contumaciam, *l. contumacia, ff. de re jud. l. ad peremtorium, cum ll. seqq. ff. de judic.* ter fuit & denunciatum, vt solveret, isq; cessauit, *d. l. si conuenerit, in fin. Donell. in l. creditor, num. 2. C. de distr. pign.* Quod addit, ex mora innumeros, graues & præjudiciales effectus profluere, & vbi de graui negotio siue præjudicio tractatur, non semel, sed instanter & sæpius contestationem esse faciendam, *l. 1. §. de inspiciendo, ff. de ventre inspic. l. 1. ff. de libell. di-*

bell. dimiss c.1. de suppl. negli. prælat. negari potest, tam graues, tamq; præjudiciales effectus moram gignere, vt propterea necesse sit, plures interpellationes præcedere, cum mora offerendo purgari, eaq; ratione futuri temporis incommoda prorsus euitari queant, *l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Sed & graue præjudicium siue negotium, si maxime subsit, neutiquam tamen efficit, vt instanter & sæpius contestari necesse sit, sed cumprimis exigitur, vt lege quapiam tale quid in eo casu singulariter requiratur, vt in allegatis juribus, cum alioqui regulariter, quodcunq; negotium siue præjudicium subsit, vnica sufficiat protestatio siue denunciatio, *vt not. Bart. & Dd. in l. de pupillo, §. si quis ipsi prætori, ff. de noui oper. nunc.* Satis autem ex prædictis liquet, in proposito legem, quæ singulariter ad moram plures interpellationes requirat, omnino deficere. Vt omittam, frustrationem siue culpam debitoris non soluentis, licet vnica solum præcesserit interpellatio, tanto grauiorem esse, quia creditori pro beneficio, quod is in eum contulit, dum permisit ipsi tamdiu ad sui emolumentum pecunia siue re debita vti, nimis ingrato animo rependitur: vt vel hinc appareat ob rationem diuersitatis tam euidentem jura nonnullis in casibus plures protestationes exigentia huc accommodari nec posse nec debere: cum præsertim alioqui nimis iniquum foret, officium suum creditori non solum ante, sed & post interpellationem semel factam esse damnosum, *l. sed si quis, ff. quemad. test. aper. l. si seruo, §. quod vero, vers. idq; euidentius, ff. de furt.* Tandem *d. l. qui Romæ, §. Seia, vers. si Seia, ff. de verbor. oblegat.* verba *non cessisset offerre pecuniam*, vrget, cum tamen verissimum sit, debitricem reipsa offerrentem, cum est opus, etiamsi tantum semel id faciat, non cessare offerre, sicut e diuerso cessare offerre diceretur eo ipso, quia non offert, cum debet, prout eleganter hunc tex. præ cæteris Donell. explicat *ibid. num. 2. fac. l. qui decem, in princ. ff. de solut.* Cæterum † quia totum hoc negotium moræ per interpellationem inducendæ judicis arbitrio de jure permittitur æstimandum, non negauerim vsuvenire, vt habita ratione loci, temporis, personarum, aliarumq; circumstantiarum, ad moram non soluentis conuincendam quandoque non sufficere vnicam interpellationem, judex juste possit æstimare, *d. l. mora, & ibid. not. per Dd.* Ita † non desunt, qui trinam requiri censeant interpellationem, quando inferior superiorem interpellat: Hos refert *Mascar. de probat. conclus. 1070. num. 12. volum. 2. Schrad. de feud. p. 10. sect. 9. num. 76.* cum tamen *c. 1. de suppl. negli. præla. l. vn. ff. de libell. dimiss. c. 1. de milit. vas. qui contum. est,* ac si quæ sunt similia iura, quibus interpellationes plures requiri videntur, vltra casus, de quibus peculiariter loquuntur, minime sint extendenda contra regulam juris communis, quæ est in contrarium: solaque personæ præeminentia siue dignitas, vix videatur esse sufficiens caussa, vt propterea pluribus opus sit interpellationibus: eoq; vnicam hic etiam regulariter sufficere, rectius censent *Cardin. in c. cum caussam, de off. deleg. Lud. Roman. singul. 424. & consil. 427. num. 2. vbi Mandos. in add. Late Alexan. pro hac sententia Bartol. & alios adducens in l. de pupillo, §. si quis ipsi, num. 2. vsq; ad numer. 7. ff. de noui oper. nunc. & consil. 81. volum. 4. & ibid. Natta in add. dicens hanc esse veritatem, Felin. plura cumulans in c. ex literis, num. 8. versic. sed hanc, de constit. Dec. in c. cum caussa, numer. 5. de offic. deleg. M. Anton. Bauer. d. mora, p. 1. numer. 3. & seq. Mascar. de concl. num. 13. Schrad. d. sect. 9. num. 76. vsq; ad 81.* qui non incommode discrepantes interpretum sententias conciliat, vt trina requiratur interpellatio, quando superior interpellatur, vt judex siue superior: alias vnicam sufficere, quando non interpellatur quatenus est judex siue superior, sed

19 20 (marginal numbers at "Cæterum †" and "Ita †")

sed ut pars sive respectu obligationis ex contractu descendentis, per rationes *n. 76. & seqq.* adductas. Sed † & minorem sæpius, hoc est, plus quam bis interpellandum esse contendit. *Loriot. in l. quod te, num. 14. ff. si. cert. pet. & in apit. 1. de mora, ax. 7. & in lib. de mora, §. secundum, vers. tertio si minor,* per *d. l qui Roma, §. cohæredes, ff. de ver. oblig.* qui tex. etsi de tutoribus pupillorum sæpius interpellatis loquatur, tamen cum sit ostensum, eum necessitatem plurium interpellationum neutiquam astruere, manifestum est, Lotiori opinionem eo juvari minime posse. Quocirca verius, juriq; magis consentaneum videtur, etiam in minore vnicam interpellationem sufficere, per *l. sed si ex stipulatu, ff. de verb. oblig.* & ea quæ paulo ante fuerunt adducta, cum in eo speciale quidquam in nostro neutiquam de jure constitutum reperiatur, nec necesse fuerit, hac in parte præ cæteris minorem sublevari, siquidem incidenti in moram negligentia sua, superest etiamnum remedium restitutionis in integrum, qua in omnem eventum servatur indemnis, *l. denique, §. etsi hæres, l. minor etiamsi, l. Aemilius, ff. de minor. vbi g. Dd. Cyn. in l. in minorum, vbi reliqui, C. in quib. causs. in int. rest. Bald. in l. mora, n. 11. ff. de vsur. Aret. in l. si ex legati, n. 5. ff. de verb. oblig.*

22 Ampl. 9. Etiamsi debitor non extet, qui possit interpellari, puta, si debitor mortuus, & hæreditas eius nondum adita sit, neq; curatorem habeat: poterit enim adeoq; debebit id ipsum testatione complecti creditor, vt pro petitione id cedat, & ex eo tempore mora induci, & æstimationis ratio haberi possit, *l. sed etsi reipub. in fin. ff. de vsur. l. 2. ff. de naut. fœn. & vtrobiq Dd. Cuiac. tr. ad Afric. 7. in l. trajectitiæ, ff. de oblig. & act. Donell. in l. quod te, nu. 7. ff. si cert. pet. & in l. si ex legati, nu. 10. ff. de verb. oblig. Ferret. de mora, num. 15. Tiraquel. & plurimi per eum relati de retr. consang. §. 9. gl. 3. num. 21. & apprime huc faciunt allegata per ipsum ibid. n. 22. Petr. Greg. in synt. lib. 21. c. 14. n. 3.* Quamvis enim tali casu nihil sit, quod imputetur debitori veleius hæredi, neuterq; culpæ alicuius argui possit, vt proinde ex persona, hoc est, vitio culpæue personæ debitoris interveniente mora fieri neutiquam possit, quia tamen iniquissimum foret, creditori ad interpellandum parato suum officium vsq; adeo damnosum esse, vt toto intermedio tempore, quo non extat, qui conueniatur, cogatur non modo carere debita sibi re siue pecunia, verum etiam periculum interitus, decrescentis æstimationis, & id genus alia incommoda ex dilata solutione debiti emergentia sustinere, adeoq; amittere, quicquid vltra sortem habiturus esset, si fuisset ei tunc solutum, cum ad interpellandum paratus fuit, certe ratio juris & æquitas ipsa dictat, pro interpellatione, quæ debitore non existente fieri nequit, sufficere oportere, si faciat creditor a parte sua, quæ facere potest, hoc est, contestetur, sese paratum fuisse ad interpellandum, neq; tamen interpellare potuisse, quia nullus fuerit, qui a parte debitoris interpellari potuerit, vt ea contestatio sit loco interpellationis, & mora saltem ex re fieri intelligatur, *l. mora, in pr. ff. de vsur.* siue in re moram esse decernatur, *d. l. sed etsi, in fin. ff. de vsur.* Multò magis autem pro interpellato haberi, & ad æstimationem quanti plurimi teneri oportebit eum debitorem, qui latitauit, aut curauit, ne creditor, cum vellet, interpellare posset, *vt rectè censuerunt Sadalet. in d. l. quod te, num. 64. & ibid. Bolognet. n. 65. ff. si cert. pet. Anton. Rub. in l. non solum, §. morte, n. 448. cum seqq. ff. de noui oper. nunc. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 13. gl. 11. num. 12. Schrad. de feud. p. 10. sec. 9. n. 67.* per tex. *l. si ideo, §. vlt. l. si actum, §. si præsente, ff. de euict. l. si permutationis, C. d. t. l. aut qui aliter, §. 1. vers. etsi forte, ff. quod vi aut clam, c. vlt. vbi Dd. de emt. & vend.* perq; regulam *l. in jure ciuili, & ibi not. per Dd. ff. de reg. jur. fac. l. 1. §. sed & Aristo, vbi gl. ff. quod vi aut clam: & plures cum textus huc facientes, tum Dd. allegat* Tiraq.

Tiraq. de retr. consan. §. 2. gl. 1. nu. 8. & 9. & §. 15. gl. 2. n. 7. dummodo creditor idipsum contestatione complectatur, debitoris fraude fieri, quo minus cum maxime velit, ipsum interpellare possit, cum debitoris ob latitationem perinde sit, ac si non extaret, qui conveniatur, & necesse sit, etiam à parte creditoris quidpiam intervenire, quod pro petitione cedat, *per text. d. l. 2. ff. de naut. fœn. & l. de pupillo, §. si quis ipsi, vbi sensit hoc ipsum Bart. num. 6. Joan. ab Imol. num. 13. Castrens. numer. 4. Alexan. num. 2. & 27. Ias. num. 2. ff. de noui oper. nunc. Constant. Rogerius de protestat. t. 1. §. 4. num. 13. Bolognet. post alios in l. non solum, §. morte, num. 212. ff. de noui oper. nunc.* Et hoc quidem casu mora non tam ex re, quam personæ vitio culpave intelligitur fieri, vt non sit necesse, debitore postea sui copiam faciente interpellationem vlteriorem fieri, *per adducta pro confirmatione ampliationis proxime præcedentis,*
23 *Bart. & Dd. loc. modo rel.* Quando † vero debitor, non quidem latitat, eius tamen interpellandi copiam non habet creditor, propter absentiam ipsius non injustam, si quidem procuratorem reliquerit cum speciali mandato, vt creditoribus, cum desiderauerint, soluat, ambigendum non est, quin sufficiat interpellare procuratorem, vt eo non soluente, mora omnimodo contrahatur, etiamsi dominus ignoret, *prout sensit Bart. in l. non solum, §. morte, num. 61. vbi post alios Alexand. num 36. & 37. Ias. num. 33. Bolognet. numer. 235. ff. de noui oper. nunc. & tradit Mart. de Ve. in tr. de protest. num. 15.* cum, quia regulare est, quod cum procuratore in negotio ei demandato contrahitur siue geritur, perinde prodesse ac præjudicare domino, ac si cum domino ipso fuisset actum, *l. rescriptum, § vltim. cum ll. seqq. ff. de pact. l. cum mandatu, ff. de minor. l. jusiur. quod ex conuen. §. vltim. ff. de jureiur. l. si procurator, C. de procur. cum concor.* tum vero maxime, quia manifesti juris est, etiam scientiam, negligentiam, culpamque procuratoris in eo, quod ipsi commissum fuerat, omnimodo nocere domino, *vt est tex. in l. procuratoris, vbi gl. notabilis, ff. de tribut. act. l. apud Celsum, §. quæsitum, ff. de except. dol. d. l. si procurator, C. de procur. vbique Dd. notant, ac tradit etiam Bartol. in l. vnic. §. si procurator, numer. 4. vbi Bald. numer. 3. & reliqui Dd. maxime Cagnol. num. 21. & seqq. ff. si quis jus dic. non obt. Salicet. in l. mora, numer. 6. ff. de vsur. Lud. Roman. consil. 289. Bauer. de mora, p. 1. num. 33. Gaill. lib. 1. obser. 45. in prin.* cum sibimetipsi dominus imputare debeat, quod homini tam negligenti negotium commiserit, *d. l. cum mandatu, in fin. l. denique, §. seruus autem, ff. de minor. l. sed etsi quis, in fin. ff. de instit. act. Gaill. loc. rel.* Idem juris erit, si reliquerit procuratorem generalem cum libera, *Bartol. in d. §. morte, num. 61. & cæteri sup. relat. Salicet. in l. mora, numer. 6. ff. de vsur. Bauer. de mora, p. 1. numer. 33. Constant. Roger. de protest. sub t. de incitatoria protest. nu. 17.* siquidem id ei quoque mandari videtur, vt soluat creditoribus, *l. sed & id, ff. de procur.* Nam † alioqui si procurato- 24
rem certæ rei tantum, vel generalem absque libera reliquerit, quia tali mandasse non videtur, vt soluat interpellantibus creditoribus, *l. procurator totor. juncta d. l. sed & id, ff. de procur.* ac proinde scientia, cessatio vel omissio procuratoris in ea quod ipsi non est commissum, nequaquam nocere potest domino, *l. transactionis placitum, C. de transact. d. l. si procurator, C. de procur. & vtrobiq. Dd.* per quem vt stetisse videatur, quo minus solueret, necesse est, eundem scire, sese citra vlteriorem dilationem soluere debere, *l. quod te, ff. si cert. pet.* verius est, interpellatione facta procuratori non soluenti moram non induci, *vt rectissime præ cæteris notant Salic. in d. l. mora, num. 6. & Bolognet. in d. §. morte, num. 236. sensitq. gl. singularis in d. l. procuratoris, in princ. cum qua Dd. ibid. transeunt, ff. de tribut. act. & Cagnol. in d. §. si procurator, num. 21. Mart. de Ve. in tr. protest. num. 15.* Quocirca vbi talis aut nullus procurator est relictus,

denunciandum erit aut procuratori, aut vxori, aut ad domum debitoris his qui eam inhabitant, aut amicis, *l. 1. §. 1. ff. de lib. agnosc. l. ades cautioni, §. sed domum, ff. de damn. infect. l. aut qui aliter, §. 1. vers. & si forte, ff. quod vi aut clam, Bartol. in l. item illa, num. 8. ff. de constit. pecun. Schraderus & per eum alleg. in tr. feud. p. 10. sect. 9. num. 63. 64. 66.* non quidem, vt ij soluant, quippe qui nec tenentur, nec tale quid in mandatis habent, nec jus debitoris absentis norunt, sed tantum, vt absenti debitori notum faciant, creditorem flagitare solutionem, *l. item veniunt, §. petitam, ff. de petit. hare. l. mora, vers. & non sufficit, ff. de vsur. Bologn. post alios in d. §. morte, nu. 123. & n. 236.* Itaque debitor, si fuerit hoc absenti per suos denunciatum, (quod intentionis suæ fundamentum creditor probet oportet *secundum Bolognet. in d. §. morte, n. 236.*) eoq; reverso creditor instantiam repetendi debiti non omiserit, sed ipsum quoq; interpellauerit, in mora constitutus videbitur, non ex eodemum tempore, quo reversus & a creditore interpellatus non soluit, sed ex eo protinus, quo absens cognita solutionis flagitatione, transmittendo vel domi per suos procurando pecuniam commode soluere potuisset, attamen soluere plane cessauit, *d. l. item veniunt, §. petitam, d. l. mora, vers. & non sufficit, & est tex. not. in l. de pupillo, §. si quis ipsi pratori, vbi notat hoc Bart. numer. 1. & cæteri Dd. ff. de noui oper. nunc. ac tenent relati per Tiraquell. de retr. consang. §. 9. gl. 3. num. 25.* Nec mirum, quod exigitur, vt reversum debitorem, quantumvis in absentia certiorem redditum, creditor interpellet, cum quoties denunciatio sive interpellatio requiritur, vt per eam quis non modo rescíscat aliquid, verum etiam ad aliquid agendum, puta, ad soluendum incitetur, neutiquam sufficiat, quocunque modo resciuisse, sed vltra scientiam nihilominus legitima requiratur interpellatio sive denunciatio, *tex. in l. denunciasse, §. 1. vbi Bart. & Dd. ff. ad leg. Iul. de adult. & in l. 1. §. licet autem, ff. de peric. & comm. rei vend. & in l. qui absentem, ff. de procur. Bart. in d. l. item veniunt, §. petitam, & ibid. Dd. ff. de petit. hared. & in l. 1. §. venditor, num. 3. ff. de act. emt. Bald. in d. l. mora, num. 11. ff. de vsur. Bolognet. post alios in l. non solum, §. morte, num. 237. ff. de noui oper. nunc. Donell. in l. emtor, 8. num. 11. C. de evict. Mascard. de probat. volum. 2. conclus. 1002. num. 28. Plures pro hac sententia congerit Boerius in add. ad Dyn. in c. eum qui, certus, numer. 4. de regul. jur. in 6.* Sed etsi nemo sit, cui denunciari possit, vt absenti notum faciat creditorem flagitare solutionem, poterit nihilominus id creditor contestatione complecti, vt interim pro petitione cedat, ac proinde ex re mora fieri intelligatur, *d. l. 2. ff. de naut. fæn. & l. de pupillo, §. si quis ipsi pratori, vbi Bartol. & reliqui, ff. de noui oper. nunc. Bolognet. in d. §. morte, numer. 108. 109. 110.* Cœterum † quoties vel 26
propter debitoris non existentiam, vel eiusdem absentiam non injustam contestatio fit, hactenus mora ex re fieri intelligitur, dum tamen debitorem postea existentem ac potestatem sui facientem primo quoque tempore interpellet, prout aperte requirit *d. l. mora, versic. & non sufficit, & d. l. de pupill. §. si quis ipsi, vbi Bartol. numer. 1. & 6. Castrens. num. 1. 2. 3. Alexan. num. 7. & 8. Ias. num. 4. dicens Imol. & omnes cum Bart. tenere, Zas. numer. 1. M. Anton. Bauer. de mora, p. 1. num. 18. Tiraquell. & plurimi per eum allegati d. §. 9. gl. 3. num. 25. Constan. Roger. de protest. sub t. 1. §. 4. num. 13.* quæ quidem interpellatio tanto magis hic necessaria videtur, quia debitor & contestationem factam, & desiderium creditoris celerem solutionem expetentis penitus ignorat, *arg. c. eum qui, de regul. jur. in 6.*

Ampl. 10. Etiamsi tacite saltem fauor in persona creditoris pro eo protinus sub initium obligationis interpellet: nam tum quoque re ipsa, & ex solo tempore tardæ solutionis, hoc est, eo ipso, quia cum primum expediri

expediri pecunia, soluiq; potuisset, non soluitur, mora fieri intelligitur:
27 Evenit † hoc, quoties pupillus aut minor est creditor, *l. in minorum, vbi Dd. C. in quib. causs. in int. restit. l. 1. §. vlt. ff. de vsur. l. Titia, §. vsuras, ff. de legat. 2. l. 3. §. 1. ff. de adimen. lega. l. cum vero, §. apparet, versic. nam qua ratione. ff. de fideic. libert. gl. in l. mora, ff. de vsur. Dd. in l. quod te, vbi Alciat. num. 40. Donell. num. 7. Bolognet. numer. 67. ff. si cert. pet. Ferret. de mora, num. 9. Bauer. de mora, p. 2. num. 15. Natta consil. 56. numer. 12. tom. 1. Hieron. Gabriel. consil. 121. num. 59. Menoch. & per eum alleg. de arbitr. jud. lib. 2. casu 220. num. 17.* in cuius persona, si quidem primum inceperit obligatio, protinus sub initium obligationis fauor minoris ætatis sive res ipsa pro minore tacite interpellare videtur, *Duaren. in d. l. in minorum Vincent. de Franchis p. 1. decis. 16. ante n. & num. 1.* eoq; simul atq; transierit modicum illud tempus præparationi solutionis necessarium, de quo *in l. quod dicimus, ff. de solut.* protinus mora fieri censebitur, *Aretin. in l. si ex legati, num. 7. ff. de verbor. obligat. & in d. l. in minorum, & sensere Dd. loc. præcit.* patetque ex *d. l. quod dicimus, l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bon. l. 1. §. item si. versic. & quod dixi, ff. ad leg.*
28 *Falc. §. vltim. inst. de inut. stipul.* Si † vero obligationem antecessori quæsitam minor succedendo susceperit, eo ipso tempore, quo minor incipit esse creditor, tacite videtur interpellari debitor, & solutione intra modicum tempus non subsecuta protinus mora fieri intelligitur. *d. l. minorum, juncta d. l. quod dicimus, & d. l. si quis filium, §. stipul. & arg. l. cum quidam, §. fiscus, vers. si debitores, ff. de vsur. & l. fiscus, 6. ff. de jure fisc. sensitq. Bald. in d. §. fiscus, & in auth. quas actiones, num. 13. versic. si autem non, C. de sacrosanct. Eccles. nec non Salicet. in d. §. fiscus, num. 7. & in d. auth. quas act. num. 9.* tum etiam, quia licet in obligatione ineunda nihil sit cum minore gestum, tamen eo ipso, quod contra juris dispositionem debitor ei soluere differt, geri quid cum eo videtur. vt proinde vel hac de caussa privilegio minoris ætatis locus esse debeat, cum quoties cum ipso privilegiato, qui alteri non privilegiato successit, quid est gestum, privilegium sibi omnimodo locum vendicet, *vt tradit post gl. Bart. in l. cum filiusf. §. in hac, n. 3. vbi Ioa. ab Imol. n. 12. & 13. Castr. nu. 4. Alex. nu. 7. Ias. nu. 4. & 5. ff. de verb. oblig. Dd. in d. auth. quas actiones.* Adde quod debitori, quoniam nouit, ei sese debere cœpisse, cui reipsa mora fieri solet, sive cui sine vlteriore dilatione soluere tenetur etiam non interpellatus, eo ipso justa obvenerit caussa, propter quam intelligere deberet, illico se dare oportere: ac proinde si præstare nihilominus cessauit, omnino per eum, licet non interpellatum steterit, quo minus daret, *l. quod te, ff. si cer. pet.* Nec obstat, quod *in d. l. fiscus,* Vlpianus ait, fiscum vsuras fiscales exinde petere, ex quo conuenit debitorem priuati, cui successit. Non enim ideo negat, in mora debitorem esse ante conuentionem. siquidem vsuræ non debentur, quamvis mora facta sit, *l. videamus, §. si actionem, ff. de vsur.* præterquam in bonæ fidei contractibus, *l. mora, §. in bonæ fidei, ff. d. t.* Quo fit, vt debitor, (quem ante conuentionem in mora constitui, liquido patet ex textu ibidem, dum Vlpianus contendit, fiscum priuati jure pro anterioribus suæ successionis temporibus vti, postea vero quam successit, habere privilegium suum, quod cum in alijs, tum vero cumprimis in hoc consistere dignoscitur, vt re ipsa citra interpellationem ipsi mora fiat,) fiscales ad vsuras teneri nequeat, sive nullas creditori, sive minores semissibus promiserit, ac proinde necesse sit, cum quantumvis in mora reipsa constitutum conveniri prius, & confiteri, aut litem contestari, quam semisses currere queant vsuræ, quæ fisco promitti præstariq; solent ac debent, *d. l. cum quidam, §. fiscus, vers. si debitores, l. vlt. C. de fiscal. vsur. lib. 10. juncta l. lite contestata, ff. de vsur.* Vt omittam, etiam in bonæ

fidei judicijs, quoties debitori à creditore indeterminata dilatio ad soluendum concessa est, fisco siue minori succedenti moram non fieri citra interpellationem, vt infra dicetur: qualem quidem ad casum vel maxime respectum habuisse Vlpianum, verba innuunt, quibus vsuras breuiores antea debitas fuisse memorat, siquidem obligando debitorem ad vsuras pro pecunia præstandas creditor eidem permittere censetur facultatem retinendi pecuniam, eaq; vtendi, donec repetierit, *vt not. per Dd. in l. qui Romæ, in pr. ff. de verb. oblig.* Verum enimvero sicut in bonæ fidei contractibus, legatis & fideicommissis constat, minori moram sine interpellatione fieri, sic in stricti juris contractibus id est apprime dubium. Baldus quidem *in d. l. in minorum, num. 4. Ferret. de mora, num. 9. Menoch. consil. 664. num. 16. vol. 7.* negant in alijs præterquam bonæ fidei contractibus, legatis & fideicommissis debitorem minoris citra interpellationem in mora constitui, per tex. *d. l. in minorum,* ex quo, si ponderetur accuratius, contrarium potius asstrui potest, siquidem aiunt Impp. *in his, quæ moram desiderant*: stricti namque juris contractus peræque moram desiderare, non quidem quo ad vsuras aut fructus, attamen quo ad periculum interitus ac decrescentis æstimationis, juris est manifesti, *l. in hac, ff. de condict. trit. l. hominem, ff. mand. l. si ex legati, l. si seruum, ff. de verbor. oblig. cum concor.* Nec refragantur verba, *id est*, quæ vt aliàs non raro, sic etiam hic παραδειγματικῶς accipienda veniunt pro *veluti*, vel *vtputa*, vt sit sensus, minori moram reipsa fieri in his quæ moram desiderant, vtputa, bonæ fidei contractibus, legatis, fideicommissis, quorum præ cœteris exempli gratia meminisse propterea maluerunt, quod in his mora non tantum quo ad periculum interitus & æstimationem, verum etiam quo ad vsuras & fructus mora desideretur, *l. in fideicommissi, l. equis, l. videamus, §. si ex caussa, ff. de vsur. cum concor.* In eadem significatione, verba, *id est*, vsurpantur in *l. juris gentium, §. pactorum, ff. de pact. & in l. mora, in princ. ff. de vsur. & singulariter notat Donell. in d. l. quod te, numer. 6.* Alioqui si ea verba sic acciperentur, quasi bonæ fidei contractus, legata & fideicommissa sola sint, quæ moram desiderent, vt perperam Baldus & alij accipere videntur, Imperatorum assertio notissimæ regulæ 101 juris nostri locis inculcatæ contradiceret, *d. l. quod te, d. l. in hac, d. l. hominem, d. l. si ex legati, d. l. si seruum, cum simil.*

29 Verius † itaque videtur, etiam in stricti juris contractibus minori moram reipsa fieri: Subest enim in eis etiam fauor minoris ætatis hoc juris beneficium merentis; concurrit nimia gerendarum rerum imperitia, fragileque consilium, lubricum judicium, quibus impeditur, quo minus eam in exigendis debitis adhibere industriam possit, quam alioqui perfectæ vir ætatis adhibere solet ac potest: imminent eadem pericula & incommoda, quæ minori sustinenda essent, nisi reipsa debitor in mora esse intelligeretur: Cur non igitur idem in eis, quod in bonæ fidei contractibus, legatis & fideicommissis obtineat, cum præsertim iam fauor ampliari, quam odium restringi debeat, *c. odia, de regul. jur. in 6.* & ratio propter quam minori reipsa mora fit, neutiquam in natura contractus aut vltimæ voluntatis consistat, alioqui maiori similiter mora fieret, aut magis bona fides, vt minori, quam vt maiori solueretur, exigeret, sed in persona minoris vnice resideat, eoque ratio vix vlla fit, cur in stricti juris contractibus non idem juris esse debeat, *l. à Titio, ff. de verb. oblig.* Secus † esset, quoties minor 30 aut is cui successit minor, tacite vel expresse indeterminatam dilationem ad soluendum concessit, eaque intentione alterum sibi obligauit, vt is rem siue pecuniam non nisi postquam per tempus aliquod vsus ea fuerit, soluere

soluere teneatur, prout in mutuo v-
su venit, *Bart. in l. si pœnam, vbi Ioan. ab*
Im. Raph. Cum. Alex. n. 4. Ias. n. 7. Zas. n.
12. ff. de verb. obl. Ias. in l. vinum, num. 19.
ff. si cer. pet. Dec. in l. in omnib. oblig. n. 3.
vbi Cagnol. n. 1. & 2. ff. de reg. jur. Rebuff.
ad const. reg. Gall. tom. 1. t. de liter. obl. art.
1. gl. 1. n. 27. Colcr. de process. execut. p. 3.
c. 3. n. 7. Tunc enim cum nec ante in-
terpellationem suppetat initium, quo
re ipsa posit inchoari mora, nec tem-
pus, quo vsq; debito vti liceat, deter-
minatum sit, eoq; nec immerito debi-
tor statuat, creditorem quantumvis
minorem in pristina voluntate, cuius
mutatio non præsumitur, perseuera-
re, creditumq; penes debitorem eti-
amnum remanere velle, certe conse-
quitur, eum non protinus re ipsa in
mora constitui, sed impune solutionẽ
differre, vsque dum facta per mino-
rem interpellatione dilatio tacite con-
cessa finem recipiat, *Menoc. cons. 664. n.*
19. & 23. vol. 7. Si tamen dilatio siue
tempus illud expresse vel tacite ad in-
certum aliquem diem restrictum fue-
rit, puta, si minor profecturo mutu-
am dederit pecuniam reddendam cũ
redierit, aut agenti quid crediderit,
vt reddat, vbi fundum distraxerit,
proculdubio cũ dies ille præterierit,
licet alioqui non interpellet, *secundum*
not. exerc. præced. lim. 7. attamen mi-
nori mora re ipsa fieri intelligetur, ni-
si celeri satisfactione debitor sese li-
31 berauerit, *d. l. in minorum.* Est † & in
deposito peculiare illud, ut ante quã
repetat minor, ei mora neutiquam fi-
eri intelligatur: Cum enim depositi
contractus ineatur deponentis gra-
tia, nec vlla vtilitas eius verseтur,
apud quem deponitur, *l. si ut certo, §.*
nunc videndum, ff. commod. tantum ab-
est, depositarium non restituendo de-
positum ante repetitionem incurre-
re moram, vt potius deponenti quam
maxime gratificetur, depositam rem
apud sese retinendo, vsque dum sit
commodum deponenti eandem repe-
tere atque recipere. Vnde cum sit
ei potius habenda gratia, non potest
intelligi re ipsa constitutus in mora,
quæ culpam quandam peræque præ-
supponit atque desiderat, licet sit ir-
regularis, *Menoch. d. consil. 664. nu. 23.*
vol. 7. Quæ † de minore dicta sunt, e- 32
adem similiter obtinent in Ecclesia,
gl. singul. in §. item mixta, quam sequun-
tur Dd. ibid. inst. de actionib. Lud. Roma.
in l. si ex legati, vbi Aret. nu. 7. ff. de
verb. obl. Bald. in auth. hoc amplius, nu.
16. C. de fideic. Petr. Anch. in c. accessori-
um, de regul. jur. in 6. Alex. in l. quod
te, nu. 8. ubi Alciat. n. 40. Sadolet. n. 73.
Bolog. n. 63. ff. si cer. pet. Ioan. ab Imo. in c.
breui, de jurei. Late post alios Gomez. in
§. ex maleficiis, n. 49. vbi Ias. n. 32. insti.
de act. Euerb. in loc. à min. ad Eccl. in prin.
plures allegans, Ferret. de mora, nume. 9.
Bauer. de mora, p. 2. n. 15. Couar. lib. 3. var.
resol. c. 17. nu. 4. communem dicens.
Menoch. d. consil. 664. nu. 16. & de arbitr.
jud. lib. 2. casu 210. nu. 18. 19. cum sit æ-
quiparata minori quo ad beneficia
juris communis, *tex. in c. 1. ubi gl. &*
Dd. de in int. rest. & in c. auditis, ibid. gl.
d. 1. §. sinimus igitur, in auth. de non alien.
neq; permut. reb. Eccl. Propter eandem
rationem in fisco idem juris est *ut as-*
serit gl. not. in l. cum quidem, §. fiscus, ubi
Bald. & reliqui, ff. de vsur. Bald. in l. 1. n.
3. ubi Ias. n. 9. C. de his quib. vt indign. Lud.
Rom. in l. si ex legati, vbi Aretin. nu. 7. ff.
de verb. obl. Alex. in d. l. quod te, num. 8.
vbi Alci. n. 40. Sadolet. n. 74. Bolog. n. 63.
Ias. in §. ex maleficiis, nu. 33. inst. de act.
Euerb. in loc. à min. ad fiscum, Ferret. de
mora, num. 9. Loriot. in apic. 1. de mora,
ax. 14. & in libello de mora, §. cæterum sci-
endum, Bauer. de mora, p. 2. n. 14. M. An-
ton. Peregrinus de jure fisci, lib. 6. t. 7. nu.
1. & probatur aperte per *d. §. fiscus,* ubi
dicitur, fisco ex suis contractibus v-
suras deberi eo ipso, quia tradius ei
infertur pecunia, nec non per *l. libera-*
litatis, §. cum vsura, ff. de vsur. ubi cum
pronuncietur emtorem, cui nondum
tradita sit res, ideo ad vsuras pretij
fisco non illico soluti præstandas vr-
geri non oportere, quia sit iniquum,
usuras ab eo exigi, qui fructus non
percepisset, consequens est, vbi nihil
est, quod à parte fisci dari fieriue de-
beat, ob solutionem non illico fa-

ctam, ad vsuras efficaciter teneri, ac proinde re ipsa in mora esse. Sed & in rep. cum & ipsa minorum jure vti soleat, eadem procedunt, *Ferret. de mora, num. 9. Purpurat. in d. l. quod te sensit q. Iason in d. §. ex maleficiis, num. 34.* per *l. respub. C. quib. ex causs. maio. & l. cum quidam, §. eos qui, ff. de vsur.* vbi etjam ante interpellationem vsuris obnoxij statuuntur ij, apud quos pecunia Reipub. remansit nec non per *l. liberalitatis, ff. d. tit.* quæ cum liberalitatis in rempub. factæ vsuras exigi neget, sensu contrario innuit, eum qui reipub. non ex liberalitate debeat, ad vsuras teneri, non quidem in judiciis stricti juris, quippe in quibus ne quidem post moram vsuræ citra stipulationem debentur, attamen in bonæ fidei contractibus, in quibus vsuræ ex mora debentur, *l. Lucius Titius Sempronio, ff. deposi. l. mora, §. in bonæ fidei, ff. de vsur.* Quinimo in omnibus, qui minoribus æquiparantur, puta, furiosis, mente captis, prodigis, cum eorum jure vti soleant, idipsum obtinere statuit post alios *Purpurat. in d. l. quod te, quem refert ibid. Alciat. num. 40.* Pro qua sententia plurimum facit regula æquiparatorum, quorum in vno dispositum pariter in altero dispositum intelligitur, *glos. in l. si quis servum, vbi Bart. & Dd. C. de seru. fugit.* quodque omnia priuilegia concessa minoribus, quod eos etiam extendātur, *vt dixit gl. not. in l. 2. C. de curat. fur. per tex. ibid. & l. qui neq., ff. de reb. cor. quam sequuntur atq. commendant Dd. relati per Everb. in loc. à mino. ad furios. prodi. &c.*

33 Quamvis † autem alias in jure sit ita comparatum, vt mora semel commissa perpetuo duret, *l. Titia, §. vsuras, ff. de lega. 1.* donec emendetur offerendo, *l. si servum, §. sequitur, ff. de verbor. obligat.* tamen cum isthæc, de qua loquimur, mora fauore minorum, eisve passim in jure æquiparatorum contra rationem juris communis inducta sit, consequitur, simul atque caussa istius moræ cessat, puta, quia minor fuerit maior factus, furiosus furere desierit, prodigus esse desierit, aut hæres consimili defectu minime laborans personis huiusmodi successerit, cessat ipso jure mora isthæc priuilegiata cum omnibus effectibus suis pro futuro tempore, vt in posterum ad debitorem in mora constituendum interpellatio sit necessaria, *text. in d. l. Titia, §. vsuras, vbi glos. Bart. & Dd. Dyn. in c. decet, numer. 2. ff. de regul. jur. in 6. Molin. de vsur. quæst. 40. numer. 205. Hierony. Gabr. consil. 121. numer. 60. Vincent. de Franch. pag. 1. decis. 16. numer. 4. qui duas alias huius ampliationis restrictiones affert ibid. numero 1. 2. 3. 10.*

Verum hęc etsi quoad moram inducendam ita sese de jure habeant, tamen id quod magis est præsentis instituti, controuersia non caret, vtrum scilicet propter hanc moram periculum interitus vel decrescentis æstimationis agnoscere debitor teneatur? Et † quidem sententiam ne- 34
gatiuam post alios tenet atque communem, calculoque crebriore fultam perhibet *Alciat. in d. l. quod te, numer. 46. eandem sequitur Loriot. ibid. numer. 16. & tit. de mora, ax. 17. in apic.* Tum per *l. naturalis, §. & si quidem, versic. sed si scyphos, ff. de præscript. verb.* vbi per implementum re ipsa in mora constitutus erat Stichi dominus, nihilominus adimplentis periculo Stichus ei nondum à domino datus periit. Tum, quia satis iniquum videtur, isthæc specialia singulari fauorabilium quorundam creditorum gratia inducta, vltra fructus & vsuras, ad aliud longe maius atque grauius damnum debitoris nondum interpellati extendi, *Alcia. lo. rel.* Tum, quia leges, quibus hæc astruitur mora, de fructibus & vsuris agunt, nusquam periculi à debitore agnoscendi meminerunt, secundum quas par est, vt intelligatur etiam *d. l. in minorum* vel eo magis, cum in ea mentio fiat pretij, quod est debitum generis interitui non obnoxium, eoq; satis arguat, vsurarum solummodo post moram deberi solitarum, quorumque vicem vsuræ obtinent, *l. vsura vicem, ff. de vsur.*

vsur. fructuum respectu moram minori reipsa factã intelligi. Tum, quod *in l. curabit*, *C. de action. emt.* duplex caussa concurrit ad inducendam moram irregularem, perceptorum fructuum ratio, & fauor minoris ætatis, nihilominus Impp. negant, vllam moram intercessisse, non vtique negaturi, si per alterutram vel vtramque caussam talis mora induceretur, quæ vltra fructus & vsuras, etiam periculum interitus ac decrescentis æstimationis in moratorem transferret, eaque ratione per omnia regulari moræ æquipolleret, siquidem non refert, qua ratione quæque mora inducatur, dummodo sortiatur eosdem effectus, in quibus moræ vis vniversa consistit, *t. t. ff. de vsur.*

35 Sed † longe verius esse videtur, post moram reipsa fauore creditoris inductam debitorem de interitu & ad æstimationem quanti plurimi teneri: *ita post antiquiores asseruit Castrens. in d. l. in minorum, nume. 2. Aret. consil. 130. Socin. consil. 414. lib. 2. Jason in d. l. quod te, numer. 25. & ibid. Cagnol. num. 97. Bolognet. nu. 69.* communem *dicens sententiam*, quæ probatur primum quidem, quia constat Impp. hoc priuilegium ætati minori indulgentes non disposuisse, vt quoad fructus & vsuras modo mora minori fieri intelligatur, sed simpliciter & indistincte statuisse, in re moram esse circa res minoribus debitas, *l. cum vero*, *§. apparet*, *versic. nam qua ratione*, *ff. de fideic. libert.* siue in minorum persona reipsa moram fieri, *d. l. in minorum.* Vnde sequitur, eam fieri tam quoad periculum interitus, ac decrescentis æstimationis, atque adeo quoad reliqua etiam, quibus ob moram solet esse locus, quam quoad fructus & vsuras: cum generalis oratio generaliter intelligi debeat, *l. metum*, *§. animaduertendum*, *ff. quod met. caus. l. 1. §. generaliter*, *ff. de lega. præst.* & posita in actu caussa principali ac potissima, pariter effectus ab ea secundum juris dispositionem resultantes ponantur, *Herma. Vultei. lib. discept. Scholast. c. 16. versicu. sana si obligatio.* prout etiam admisso antecedenti, necessario simul admittendum venit eius consequens, *l. 2. vbi not. per Dd. ff. de jurisd. l. 2. §. inspectio*, *ff. quemadmod. test. aperia. l. 1. §. vlt. ff. si vsusfr. pet. l. seruitutes, 20. §. 1. ff. de seruit. vrb. præd. l. 3. §. qui habet, ff. de seruit. rust. præd.* Deinde Impp. ipsi *in d. l. in minorum*, asserunt, huic moræ locum esse in omnibus, quæ moram desiderant. Atqui extra controuersiam est, stricti juris contractus moram desiderare, & quidem solummodo quoad periculum interitus, ac decrescentis æstimationis, non etiam quoad fructus & vsuras: Quocirca negari non potest, quoad periculum interitus & vilioris ęstimationis minori moram fieri. Sed etsi bonæ fidei contractus, legata vel fideicommissa spectes, non modo quoad fructus & vsuras, sed cum primis etiam quoad periculum interitus & diminuti valoris moram desiderant, *l. si sterilis*, *§. cum per venditorem*, *ff. de act. emt. l. si ex legati*, *ff. de verb. obl.* vt proinde in eis etiam quoad periculum interitus ac decrescentis æstimationis minori moram fieri, ex *d. l. in minorum*, non obscure liqueat. Pręterea cum sit jure manifesto constitutum, favore minoris, Ecclesię, similiumque priuilegiatorum creditorum, debitorem etiam non interpellatum eis confestim solui oportere, vtiq; tam fauor ille, quam dispositio legis est justa caussa, propter quam debitor intelligere deberet, se citra dilationem dare oportere: proinde si non illico soluit, per eum stat, quo minus detur, *l. quod te*, *ff. si cer. pet.* Quoties autem debita res postea perit, aut vilior vel deterior fit, quam per debitorem factum est, quo minus daretur, ipsius fore detrimentum constat, *d. l. quod te. l. si quis vina*, *ff. de comm. & pericul. rei vendicatio.* Cumque regula sit juris ob moram de interitu & ad ęstimationem quanti plurimi teneri debitorem, nec ab ea debitor, qui minori moram reipsa

fecit, vlla lege reperiatur exceptus, vel hinc colligere licet, in eo non minus, quam in quolibet alio moratore omnimodo regulam procedere, *per not. in l. 1. ff. de reg. jur.* Quod si mora isthæc tanti valet, vt vsuræ post eam fructusq; debeantur, cum tamen sint accessiones à re separatæ, & iis creditor de lucro captando certet, quanto magis debitor post eam de interitu teneri debebit atque deterioratione siue æstimationis decremento, quæ rē ipsam concernunt & afficiunt, & in quibus creditor de damno vitando certat, eoque maiorem de jure fauorē meretur, *l. si quis ita, §. in re obscura, ff. de regul. jur. l. & si quis, §. sed et si res, ff. de religios. l. si minoris, in fin. ff. de admin. tut. l. fin. §. licentia, C. de jure delib.* Denique non esse ad vsuras & fructus hanc moram restrictam, sed cæteros etiam veræ frustrationis effectus vel maxime præiudiciales omnimodo sortiri, clare probat, *l. si quis ita, §. 1. ff. de adim. lega.* vbi circa fideicommissariam hæreditatem puerò dandam committitur mora re ipsa, vt propter eam exclusa matre substituta ad hæredes pueri transmittatur fideicommissum, quod maiori relictum ita demum transmitteretur ad hæredes eius excluso substituto, si per interpellationem fideicommissarij heres in mora fuisset constitutus, *l. Titia textores, in fi. ff. de lega. 1. l. si penum, ff. quando dies lega.* Vnde cum tanti valeat, vt non minus quam vera mora transmissioni hæreditatis fideicommissariæ locū faciat, adeoque tertio, nempe substituto, vel immerenti excludendo quā maxime præiudicet, non erit ambigendum, eam regulari moræ etiam quoad transferendū periculum interitus, aut diminuti valoris, quod tam grauis præiudicij non est, omnimodo æquipollere: idque vel eo magis, cum in dubio semper ea sit amplectenda & præferenda sententia, quæ pro ecclesia, minore, similibusque personis aut caussis feuorabilibus militat, *l. quoties dubia, l. in ambig. pro dotib. ubi Dec. & reliqui, ff. de reg. jur. cum simílib.*

Nec obstant allata pro negatiua, quā etsi communem atq; receptiorem dicat Alciat. tamen Dd. eam tenentes loquuntur non de frustratione minori vel Ecclesiæ similibusque facta, sed de mora improprie sic dicta, quæ per implementum vnius partis judici perhibetur, prout apparet ex his quæ in *l. vinum, ff. si cer. pet. contra Bart. scripserunt Fulgos. Castr. Salic. Rom. Aret. Alex. Jas. & alij, quag. tradit post alios Alex. in l. de diuisione, num. 13. ff. solu. matrim.* eaque de caussa negatiuam sententiam, nisi de mora per implementum inducta saltem intelligatur, neutiquam communem, nedum receptiorem esse, recte post *Aretin. & Soci. notat Cagnol. d. l. quod te, num. 97.* Et quidem eo casu, cum à parte sua quis impleuit, alterum de interitu vel ad æstimationem quanti plurimi ne quidē à tempore implementi teneri, antequam fuerit interpellatus, cum interpretibus libenter agnoscimus, & in exerc. 10. ampl. 5. etiam defendimus. Vnde cum in hisce terminis loquatur *d. l. naturalis, §. & siquidem, vers. sed si scyphos*, nihil ea nobis obstat statuentibus, debitorem de interitu & ad æstimationem quanti plurimi teneri ob moram re ipsa minori factam, cum & hæc ab illa tā quam maxime diuersa, & in illa ratio percepti ex re per implementum præstita commodi nihil amplius exigat, quam vicissim rei ab altera parte præstandæ commodum, videlicet, vsuras aut fructus, adimplenti, cui præstari debuit, cedere, sed è diuerso fauor minoris ætatis vel maxime desideret, vt vltra fructus & vsuras, etiam quoad interitum & valorem rei debitæ, nec non alia quę ex mora deberi consueuerunt, sit minori prospectum. Nec id est iniquum, cum & longe sit æquius indemnem seruari minorem, quam in lucro fructuum & vsurarum ei subvenire, & vsuræ fructusque rem principalem sæpius æquare, frequenter etiam superare soleant, & in rei veritate nulla fiat extensio, sed quod ex generali dispositione juris nostri, minori nempe

pe moram reipsa fieri, necessario sequitur, moratorem de interitu & ad æstimationem quanti plurimi teneri, euidenti ratione asseratur. Ac licet *l. 1. §. vltim. ff. de vsur. l. Titia, §. vsuras, ff. de lega. 2.* de vsuris modo loquantur, non magis tamen inde colligere licet, minori debitorem de interitu & ad æstimationem quanti plurimi non teneri, quam quod eidem ad fructus, quorum æque nulla fit illic mentio, non teneatur, cum præsertim adsint aliæ leges moram reipsa minori fieri generaliter asserentes, & consequenter effectus etiam, quos regulariter mora sortitur & importat, omnimodo simul denotantes atque complectentes, *d. l. in minorum, l. cum vero, §. apparet, vers. nam qua ratione, ff. de fideic. liber.* insuper etiam vltra vsuras & fructus alium effectum huius moræ longe grauiorem assignet *l. 3. §. 1. ff. de adim. lega.* Sane quod *d. l. curabit*, attinet, Impp. dum negant, moram intercessisse, non id faciunt, quia mora, quæ reipsa minori fit, moræ per interpellationem vel diei lapsum inductæ non æquipolleat, siquidem eo ipso, quod moram ei reipsa fieri, cum à Seuero constitutum, *d. l. cum vero, §. apparet, versic. nam qua ratione*, tum recepto iure creditum est, *d. l. in minorum*, ex consequenti pariter inductum atque receptum, vt effectus etiam, quotquot moræ iure nostro tribuuntur, hæc peræque producat, *l. 3. §. 1. ff. de adim. leg.* Sed ideo potius, quia moram duntaxat eam respiciunt, quæ fit regulariter, quæque locum in omnibus habere potest, nec alijs iure communi modis, quam per interpellationem aut diei lapsum induci solet, quali modo cum non fuerit illic minori mora facta, non immerito negatur intercessisse, quamvis alioqui si non tam quid iuri communi sit consentaneum, quam quid contra jus commune specialiter fauore minoris ætatis receptum, respiciatur, omnimodo constet, minori reipsa moram vere fieri, *d. l. in minorum, & simil.*

Ampl. 11. in his, qui bonorum sui creditoris administrationem susceperunt, puta, generali procuratore, negotiorum gestore: ij namque licet à creditoribus non fuerint interpellati, nisi tamen quamprimum rebus creditoris expedierit, citra dilationem soluerint, in mora constituti videbuntur, & ex eo tempore ad æstimationem quanti plurimi tenebuntur, *l. si pupilli, §. videamus, l. qui sine, ff. de negot. gest. l. idemque, §. si procurator, l. si negotia, ff. mand. l. tutor qui repert. §. vertisse, l. quoties tutor, §. sed si sub vsuris, ff. de admin. tut. vbiq; Dd. ac præ cæteris Bald. in d. l. qui sine, Aleiat. in l. quod te, num. 41. ff. si cert. pet. Loriot. in apic. 1. de mora, ax. 11. & in libello de mora, §. in his casib. & in d. l. quod te, num. 13. Crauet. consil. 966. num. 20. lib. 5. Stephan. Forcat. de mora, p. 1. num. 12.* Nihil enim æque bonæ fidei consentaneum, quam eum, qui debuit alios sui creditoris debitores interpellare ad soluendum, ipsum quoque soluere citra dilationem, cum præsertim, quantum ad prouidentiam administrationis domini vicem sustineat, *l. tutor qui tutelam, ff. de admin. tut.* & quicquid dominus siue creditor, si res ipse suas administraret, aut diligens quisque paterfamilias facturus esset, (quem primo quoque tempore, quod sibi debetur, exacturum fuisse, non ambigitur,) is etiam omnimodo facere teneatur, *l. sed an vltro, ff. de negot. gest. l. generaliter, ff. de admin. tut.* ac proinde à semetipso exigere, *d. l. si pupilli, §. vlt. l. Proculus & Pegasus, ff. de neg. gest.* suaque sponte propter vtilitatem creditoris tale quid requirentem soluere debeat, *d. l. tutor qui repert. §. vertisse, d. l. quoties tutor, §. sicut autem*, adeoq; generaliter in huiusmodi personis receptum sit, vt quod aduersus alium præstare debent creditori siue principali suo, id aduersus se quoq; præstare teneantur, *d. l. quoties tutor, §. & generaliter*, siue, vt Iulianus ait, id præstare debeant in persona sua, quod in aliorum, *d. l. si negotia, ff. mand.*

Quare

Quare cum propter susceptam administrationem, cuius vigore cœteros debitores interpellare & vrgere ad solvendum tenetur, justa caussa subsit, propter quam intelligere deberet, se quoq; dare oportere citra dilationem non minus quam alios, *l. quod te, ff. si cert. pet.* perperam *Castr. in d. l. qui sine, n. 2.* arbitratur, interpellationem esse necessariam, per regulam *l. mora, ff. de vsur.* à qua casum nostrum, perinde vt plures alios exceptum esse, aperte liquet, clareq; probant allegata jura, quorum pleraq; de debito simpliciter & in genere, non de eo, quod in diem debetur, agunt.

37 Ampl. 12. in eo, qui ex natura officij sui dare quidpiam aut facere tenetur: hunc enim cum officij commissi ratio per sese satis admoneat, simul atq; omittit, quod est officij sui, citra interpellationem in mora constituitur, eoq; ad æstimationem sive interesse temporis eius tenetur, *tex. in l. vn. C. de priuat. carcer. & in l. 1. vbi Castr. n. 6. C. de his quibus vt indign. l. 2. §. si mater, & §. confestim, ff. ad Trebell. c. 1. de noua form. fidelit.* Ac licet dissentire videatur *Alex. in d. l. 1. n. 7.* motus tex. *c. ex parte vestra, cum 3. seqq. de cleric. non resid. c. excommunicatus, §. moneantur, de hæretic. auth. hoc amplius, C. de fideicom.* responderi tamen potest, ad priora quidem, requiri in ijs monitionem præuiam, vt monitus non reuertens eo ipso conuincatur, abesse animo deserendi Ecclesiam, siue habendi pro derelicto beneficium in ea sibi competens, *vt notat post gl. Panorm. in c. qualiter, de cler. non resid.* & ad electionem alterius in locum eius, procedi posse, *d. c. ex parte, cum seqq.* neutiquam vero negari, clericum in Ecclesia non residendo ante interpellationem incurrere moram, cum etsi monitus reuertatur, tamen propter anteriorem absentiam injustam puniri possit ac debeat, *c. si quis in clero, 7. q. 1. Panorm. in d. c. ex parte, n. 3.* Præterea sæpius clericus justis de caussis impediri solet, ne resideat, quibus ille nil releuaretur, si eo non præmonito procederetur ad electionem alterius ei successuri, vt proinde tam juris ratio, quam æquitas euidens desideret, eum commoneri prius, vt reuertendo moram purget, ni malit alterum eligi, *Panor. post gl. in c. extirpandæ, nu. 24. de præbend.* Similiter *in d. §. moneantur,* monito requiritur, cum, vt magistratibus secularibus constet de hæreticis in ipsorum ditione morantibus, tum vt ijdem contumaciter recusantes animaduertere in hæreticos excommunicari, suaq; ditione priuari queant: interim non negatur, quin a superiore puniri possint ac debeant, si scienter aduersus manifestos hæreticos ante requisitionem episcopi, ex officio inquirere supersederint, *l. seruos, in fin. C. ad leg. Iul. de vi publ. l. si quis, 3. C. de sepulc. viol. l. 2. C. de commerc.* Quod attinet *d. auth. hoc amplius,* constat hæredem ad ea quæ testamento relicta sunt atq; disposita, non tam ex officij natura, quam vigore quasi contractus atq; singulari dispositione testatoris teneri, eoq; non nisi per interpellationem in mora constitui, *l. Titia textores, in fin. ff. de legat. 1. l. si ex legati, ff. de verb. oblig. l. cum quidam, in fin. ff. de vsur.* Monitio vero judicis, & vltra eam lapsus anni, quorum neutrum ad moram interpellatione inducendam exigitur, illo demum fine requiruntur, vt hęres de duplici contumacia in non parendo cum testatoris dispositioni, tum judicis jussui conuictus, omne lucrum hæreditatis perdat, quo per simplicem moram vel citra vllam requisitionem eum priuari procul dubio foret iniquissimum, *d. auth. hoc amplius.* Porro † tum quoq; 38
cum promissum est factum indeterminatum, quod assiduam ferme siue continuam promissoris curam atque prouisionem requirere videtur, puta, si conductor sylux promisit, se curaturum operamue daturum, ne quis eam cædat vel vrat, mora citra interpellationem committitur, eoq; temporis illius fit æstimatio, *l. in lege locationis, ff. loca. juncta l. si insulam, l. si sic stipulatus, l. continuus, §. item qui insulam, ff. de verb.*

de verb. obli. traditq́; præ cæteris Bologner. in d. l. quod te, num. 62. ff. si cert. pet. & est communis opinio, vt attestatur idem Bolognet. post Alciat. ibid. num. 45. & sensere Dd. in factis dispositione legis, aut statuti, vel à judice sub pœna præceptis, magis communiter distinguentes, vtrum pœna in modum conditionis negatiuæ, si non fiat, quod fieri præcipitur, præstituta sit, quo casu non nisi quis interpellatus fuerit, pœnam regulariter incurrat, an vero in modum conditionis affirmatiuæ, si quid fiat, præstituta fuerit, quo casu cum injunctum factum negatiuum sit successiuum & indeterminatum, quis contraveniendo pœnam incurrit, etiamsi non fuerit ab aduersario monitus siue interpellatus, ne faciat, Innoc. & cæteri Dd. in c. extirpandæ, §. qui vero, de præbend. Alex. post alios in l. ita stipulatus, nu. 15. plures allegans, ff. de verbor. oblig. Natta & per eum allegati consil. 174. nu. 12. tom. 1. M. Ant. Bauer. de mora, p. 2. nu. 25. dicens, magis communem, quam post Alexan. tribus modis ibidem restringit.

19 Ampl. XIII. Debitor enim in mora per interpellationem constituitur, & ab eo tempore ad æstimationem quanti plurimi tenetur, etiamsi non ipse creditor interpellauerit, sed ipsius nomine procurator, dummodo peculiariter ad exigendum constitutus, l. si quis solutioni, §. mora, ff. de vsur. vel sit generalis, l. qui proprio, §. vlt. l. procurator ius, ff. de procur. fat. l. actione, §. renunciare, ff. pro soc. l. vero, ff. de solut. gl. in l. si seruum, §. nunc videamus, & ibid. Dd. maxime Castr. nu. 1. Ias. num. 4. ff. de verb. oblig. Salicet. in l. si quis solutioni, num. 2. ff. de vsur. Ripa post alios in c. cum M. Ferrar. num. 136. vbi de communi testatur, de constit. Bauer. de mora, p. 1. num. 30. Ioan. Saporta de mora, c. 2. nu. 36. Mascard. de probat. concl. 1070. n. 16. & sensere per eum allegati concl. 1082. num. 25. 26. 27. volum. 2. Coler. de process. exec. p. 3. c. 3. num. 3. & plurimos longa serie recenset Schrad. in tract. feud. p. 10.

40 sect. 9. num. 44. Idemq; † juris erit, si negotiorum gestor nomine principalis interpellauerit, l. si pupilli, §. item quæritur, ff. de neg. gest. & est tex. not. in d. l. si quis solutioni, §. mora, per quem sic tenet gl. in d. §. nunc videamus, vbi Bart. num. 3. Angel. Ioan. ab Imol. num. 7. Castr. nu. 1. Aret. nu. 20. Alexan. nu. 15. Ias. nu. 5. & reliqui, Bald. in d. l. si quis solutioni, vbi Salicet. num. 2. Felin. in d. c. cum M. Ferr. num. 46. & ibid. Ripa, communem perhibens, nu. 141. de constit. Eub. in l. non solum, §. morte, n. 303. & 304. vbi Bologn. nu. 237. communem dicit, ff. de no. oper. nunc. Bauer. d. p. 1. num. 30. Saporta d. c. 2. num. 36. Donell. in l. stipul. ista, §. alteri, num. 70. ff. de verb. oblig. Schrad. d. sect. 9. nu. 46. Coler. d. p. 3. c. 3. n. 3. non quidem vt ipsi negotiorum gestori solui tur, siquidem inuitum debitorem cogere vt sibi soluat, minime potest, cum nec actionem intentare queat, d. l. si pupilli, §. vlt. ff. de neg. gest. nec ei possit ita solui, vt liberetur debitor ante subsequentem domini ratihabitionem, l. qui hominem, §. si nullo, l. si quis offerenti, in pr. l. dispensatorem, ff. de solut. sed vt debitor soluat ipsi creditori, Bart. & Dd. in d. §. nunc videamus, Bald. in d. l. si quis. Bauerius loc. rel. qui si maxime absit à loco futuræ solutionis, nec intra tempus, quo se præparare ad soluendum debitor interpellatus potuit, illic præsto sit, ne tamen ob moram, in quam alioqui propter interpellationem gestoris incideret, periculum futuri temporis & id genus alia incommoda sustinere debitor teneatur, indemnitati suæ prospicere poterit, si protestetur, sese paratū esse ad soluendum, à creditoris absentia fieri, quo minus soluere possit, arg. l. si nomus, §. qui confitetur, ff. de leg. 1. & l. 2. ff. de naut. fæ. Bart. in d. l. si seruum, §. nunc videamus, n. 4. vers. moram tamen, vbi Aret. n. 21. & creditori postea sui copiam facienti, cum primū commode poterit, rem debitā offerat, arg. l. mora, vers. & non sufficit, ff. de vsur. l. de pupillo, §. si quis ipsi, & ibi not. per Dd. ff. de no. oper. nunc. Consf. Roger. de protest. c. 1. §. 4. n. 13. aut maioris securitatis gratia obsignet atq; deponat, l. debitor, ff. de vsur. l. acceptā, C. d. t. Alioqui si nihil horū fecerit, neq; soluerit, moram

moram fecisse videbitur, creditori quidem, quatenus ei nec soluit, nec contestatione, quod propter eius absentiam soluere nequeat, complexus est, nec obsignatum deposuit: gestori autem, quatenus interpellationem ab eo factam tenere spreuit, nec eam permoneri potuit ad soluendum, protestandum, aut deponendum, *d.l.si quis solutioni, §. mora.* Ac licet *Angel. in d. §. nunc videamus,* existimauerit, esse necessarium, vt interpellans debitori fidem faciat, sese creditoris negotia gerere, *per l.si quis inficiatus, ff. depos.* rectius tamen id negant *Ioan. de Imo. ibid. Castr. & Aretin.* cum non id agat, vt sibi soluat, & ex ipsa facti euidentia per sese satis appareat, eum esse gestorem negotiorum, si non omnium, saltem vnius, videlicet eius, quod creditori cum debitore quoad exigendum debitū intercedit, siquidem tam licet vnicum solum, quam plura vel omnia alterius negotia gerere, *l.3.§.1. vers.negotia, ff.de neg. gest. l.tutori, C.d.t.* Obstare tamen communi sententiæ *tex. l.cum satis, §. vlt. ibi, & hoc faciente per se vel per procuratorem suum, C.de agri. & censit. lib.11,* censet Ripa, cui responderi potest, Imp. non negare, quin etiam per negotiorum gestorem interpellatio fieri posit, cum quod in ea lege deest, per tex. *d. l.si quis solut.* abunde suppleatur. Quinimo si maxime in casu *d. §. vlt.* non posset interpellatio per gestorem fieri, tamen id eueniret ob grauitatem præjudicij maxime, quia susceptor adscriptitij vel coloni alieni non illico restituens, vltra vsitatas pœnas moræ præstitutas ad plures alias & quidem longe grauiores illic denotatas tenetur ex dispositione *d. §. vlt.* Denique nec ambigendum, quin etiam interpellatio per conjunctam personam facta debitorem in mora constituat, *Bald. in l.qui absentem, ff. de procur. Castrens. in l. de pupillo, §. qui procuratorio, num. 2. ff. de noui oper. nunc. Areti. consi. 76. Ripa in d. c. cum M. Ferr. n.138. Rub. d. §. morte, n.304. Schrad. d. p.10. sect. 9. n. 46.* cum quod in extraneo negotiū creditoris, quod ei cum debitore intercedit, gerendum suscipiente procedit, multo magis in conjuncta persona procedere debeat, quippe quæ procuratori, cuius interpellatione moram induci constat, æquiparatur, adeoq; procurator nuncupatur, *l. sed & eæ, ff. de procur.* Nec obstat *l. tutor vrgentib. ff. de minor. per quam Bald. ibid. contrarium tenere videtur, & Felin. in d. c. cum M. Ferr. n.48. ac Tiraq. de retr. consang. §. 1. gl. 10. num. 95.* Quod enim denunciatio matris illic nil valuit, non ea de caussa factum, quia mandato caruit, sed quod caussa denunciandi justa deficiebat propter bonam tutoris distrahentis fidem vrgente pupilli necessitate subnixam, quodq; currente principali domino, vel eo, cui vigore officij siue peculiaris mandati administratio competit, & conjuncta persona, quod ab illo fit, procul dubio prævalet, *l. si ad pupillum, l. si tutor, ff. de aut. tut.* Multo magis idem obtinebit in interpellatione à creditore per nuncium facta, *per ea, quæ tradit in hanc sententiam & allegat Schrader. d. p.10. sect. 9. n. 52. & 53.*

41

Ampl. 14. in eo, qui mala fide, 42 tamen absq; delicto possidet, vt is etiam per interpellationem demum in mora constituatur, & ab eo tempore ad æstimationem quanti plurimi teneatur, *Petr. & Cyn. in l. non interest, vbi post alios Alex. dicens hanc sententiam tutiorem, C. quod met. causs. Ias. in l. quod te, n.5. ff. si cer. pet. & in l. si ex legati, n. 7. ff. de verb. oblig. Lotot. in libell. de mora, §. penult. vers. tametsi è contra.* | *Albert. Brunus de dimin. & deterior. concl. 20. n.141. vers. octavo, Sebast. Medic. de casib. fortuitis, p.2. q. 10. nu. 146. vers. octavo amplia.* Quamvis enim qui furto, vi aut alio quopiam delicto rei possessionem sunt adepti, protinus ipso jure propter admissum delictum incurrant moram, *l. 1. §. rectissime, ff. de vi & vi arm. l. vlt. ff. de condic. furti.* cum ex ipso tempore delicti plus quam frustratores debitores constituti sint, *l. merito, ff. de vi & vi arma.* tamen eum qui citra delictum mala fide possidet, perinde vt quemlibet alium debitorem

non

non nisi à tempore interpellationis in mora esse, & ad æstimationem quanti plurimi teneri, probatur primò quidem per tex. ad hoc notabilem *in l. si nauis, ff. de rei vend.* vbi Papinianus de malæ fidei possessore loquitur, vti constat, non modo ex primis *d. l.* verbis, quibus malæ fidei possessorem nominatim exprimit; verum etiam ex eo, quia totum responsum de eo saltem agit, qui tenetur de fructibus, & quidem ciuilibus, nec nisi posidentis industria prouenientib9, ad quos bonæ fidei possessorem non teneri, nemini dubium esse potest. Illum tamen rei mala fide possessæ periculum petitori præstare non teneri Papin. asserit. Restringit quidem gl. ibid. textum ad eum, qui possedit initio bona fide, postea mala, sed perperam, nec absq; insolenti diuinatione, quæ tanto magis est repudianda, quo minus est verisimile, Papinianum id in quo cardo totius disceptationis vertebatur, omissurum, proq; bonæ fidei possessore, qui scientiam rei alienæ postea suscipiat, simpliciter malæ fidei possessorem substituturum fuisse. Deterior est altera gloss. restrictio, qua Papiniani responsum eo de possessore intelligit, qui malæ fidei possessori successit. Hic enim propter ignorantiam non est malæ, sed bonæ fidei possessor, præsertim quo ad fructus, quorum respectu magis est, vt singula momenta spectemus, *l. qui bona, vers. & magis est, ff. de acquir. rer. dom.* Nihilo felicius Castr. hanc legem restringit ibidem ad eum, qui per litis contestationem fictè fuit in mala fide constitutus: Refellitur enim Papiniani verbis, dum nauem ait à malæ fidei possessore peti: quo satis euidenter indicat, cum lite nondum contestata fuisse malæ fidei, cum alioqui non à malæ, sed bonæ fidei possessore petitum fuisset. Secundò confirmatur per tex. *l. item si cum exceptione, §. aliquando, ff. quod met. caus.* vbi judicis officio absoluitur is, ad quem res, circa quam ab alio metus ipso minime conscio fuit adhibitus: Cum enim tam is qui sciens, quam qui ignorans acquirit rem, propter quam alteri fuit illatus metus, minime consclus fuisse intelligatur illati metus, quod is demum conscius perhiberi videatur, quo suadente, instigante, seu fraudem participante metus fuit illatus, *l. ait prætor, §. quod ait, ff. quæ in fraud. cred. l. non solum, C. de commerc.* scienter autem posidens rem alteri vi vel metu extortam pro malæ fidei possessore habeatur, *secundum not. Baldi in l. mala fide, C. de condict. ex leg. Schneid. post alios in §. si quis à non dom. num. 7. instit. de rer. diu. Mascard. de probat. volum. 2. concl. 1001. num. 3.* consequitur mala fide posidentem ante interpellationem de interitu rei minime teneri, eoq; nec periculum decrescentis æstimationis sustinere, ac vi consequentis in mora non esse: Prout etiam tertio colligitur idipsum ex *l. si ipsa res, 18. ff. quod met. caus.* vbi hæredes metum inferentis & cœteri, contra quos actio saltem datur in id, quod ad eos peruenit, liberantur interitu rei per metum extortæ, cum tamen iidem plerumque non ignorent illatum fuisse metum. Quartò similes habentur textus *in l. aolane, cum l. seq. ff. de dol.* vbi hæres, quem plerumque dolus antecessoris minime latet, de re non amplius existente, quia scilicet interijt, non tenetur, nisi quando dolo malo eius factum est, quo minus rem haberet. Quinto tex. est pro hac sententia singularis *in l. item veniunt, §. præter hæc, vers. item eos qui bona, ff. de petit. hæred.* vbi ICtus recenset verba SCti contra eos, qui hæreditatem quocunq; juris prætextu siue titulo inuaserunt, cum scirent ad se non pertinere, disponentis, vt si fecerint ante litem contestatam, quo minus posiderent, perinde condemnentur, quasi posiderent. Etenim eo ipso quod Senatus malæ fidei possessores ita demum condemnari voluit, si fecerint ante interpellationem siue judicialem siue extrajudicialem, quo minus posiderent, sequitur, eosdem si non fecerint

moram fecisse videbitur, creditori quidem, quatenus ei nec soluit, nec contestatione, quod propter eius absentiam soluere nequeat, complexus est, nec obsignatum deposuit: gestori autem, quatenus interpellationem ab eo factam tenere spreuit, nec ea permoueri potuit ad soluendum, protestandum, aut deponendum, *d. l. si quis solutioni, §. mora.* Ac licet *Angel. in d. §. nunc videamus,* existimauerit, esse necessarium, vt interpellans debitori fidem faciat, sese creditoris negotia gerere, *per l. si quis infictatur, ff. depos.* rectius tamen id negant *Ioan. de Imo. ibid. Castr. & Aretin.* cum non id agat, vt sibi soluat, & ex ipsa facti euidentia per sese satis appareat, eum esse gestorem negotiorum, si non omnium, saltem vnius, videlicet eius, quod creditori cum debitore quoad exigendum debitū intercedit, siquidem tam licet vnicum solum, quam plura vel omnia alterius negotia gerere, *l. 3. §. 1. vers. negotia, ff. de neg. gest. l. tutori, C. d. t.* Obstare tamen communi sententiæ *tex. l. cum satis, §. vlt. ibi, & hoc faciente per se vel per procuratorem suum, C. de agri. & censit. lib. 11.* censet Ripa, cui responderi potest, Imp. non negare, quin etiam per negotiorum gestorem interpellatio fieri possit, cum quod in ea lege deest, per tex. *d. l. si quis solut.* abunde suppleatur. Quinimo si maxime in casu *d. §. vlt.* non posset interpellatio per gestorem fieri, tamen id eueniret ob grauitatem præjudicij maxime, quia susceptor adscriptitij vel coloni alieni non illico restituens, vltra vsitatas pœnas moræ præstitutas ad plures alias & quidem longe grauiores illic denotatas tenetur ex dispositione *d. §. vlt.* Deniq; † nec ambigendum, quin etiam interpellatio per conjunctam personam facta debitorem in mora constituat, *Bald. in l. qui absentem, ff. de procur. Castrens. in l. de pupillo, §. qui procuratorio, num. 2. ff. de noui oper. nunc. Areti. cons. 76. Ripa in d. c. cum M. Ferr. n. 138. Rub. d. §. morte, n. 304. Sebrad. d. p. 14. sect. 9. n. 46.* cum quod in extraneo negotiū creditoris, quod ei cum

41

debitore intercedit, gerendum suscipiente procedit, multo magis in conjuncta persona procedere debeat, quippe quæ procuratori, cuius interpellatione moram induci constat, æquiparatur, adeoq; procurator nuncupatur, *l. sed & ea, ff. de procur.* Nec obstat *l. tutor vrgentib. ff. de minor. per quam Bald. ibid. contrarium tenere videtur, & Felin. in d. c. cum M. Ferr. n. 48. ac Tiraq. de retr. consang. §. 1. gl. 10. num. 95.* Quod enim denunciatio matris illic nil valuit, non ea de caussa factum, quia mandato caruit, sed quod caussa denunciandi justa deficiebat propter bonam tutoris distrahentis fidem vrgente pupilli necessitate subnixam, quodq; currente principali domino, vel eo, cui vigore officij siue peculiaris mandati administratio competit, & conjuncta persona, quod ab illo fit, procul dubio prævalet, *l. si ad pupillum, l. si tutor, ff. de aut. tut.* Multo magis idem obtinebit in interpellatione à creditore per nuncium facta, *per ea, quæ tradit in hanc sententiam & allegat Schrader. d. p. 10. sect. 9. n. 52. & 53.*

Ampl. 14. in eo, qui mala fide, 42 tamen absq; delicto possidet, vt is etiam per interpellationem demum in mora constituatur, & ab eo tempore ad æstimationem quanti plurimi teneatur, *Petr. & Cyn. in l. non interest, vbi post alios Alex. docens hanc sententiam tutiorem, C. quod met. causs. Ias. in l. quod te, n. 5. ff. si cer. pet. & in l. si ex legati, n. 7. ff. de verb. oblig. Lorot. in libell. de mora, §. penult. vers. tametsi è contra. Albert. Brunus de dimin. & deterior. concl. 20. n. 141. vers. octavo. Sebast. Medic. de casib. fortuitis, p. 2. q. 10. nn. 146. vers. octavo amplia.* Quamvis enim qui furto, vi aut alio quopiam delicto rei possessionem sunt adepti, protinus ipso jure propter admissum delictum incurrant moram, *l. 1. §. rectissime, ff. de vi & vi arm. l. vlt. ff. de condic. furti.* cum ex ipso tempore delicti plus quam frustratores debitores constituti sint, *l. merito, ff. de vi & vi arma.* tamen eum qui citra delictum mala fide possidet, perinde vt quemlibet alium debitorem

non

non nisi à tempore interpellationis in mora esse, & ad æstimationem quanti plurimi teneri, probatur primò quidem per tex. ad hoc notabilem *in l. si nauis, ff. de rei vend.* vbi Papinianus de malæ fidei possessore loquitur, vti constat, non modo ex primis *d. l.* verbis, quibus malæ fidei possessorem nominatim exprimit; verum etiam ex eo, quia totum responsum de eo saltem agit, qui tenetur de fructibus, & quidem ciuilibus, nec nisi possidentis industria prouenientibus, ad quos bonæ fidei possessorem non teneri, nemini dubium esse potest. Illum tamen rei mala fide possessæ periculum petitori præstare non teneri Papin. asserit. Restringit quidem gl. ibid. textum ad eum, qui possedit initio bona fide, postea mala, sed perperam, nec absq; insolenti diuinatione, quæ tanto magis est repudianda, quo minus est verisimile, Papinianum id in quo cardo totius disceptationis vertebatur, omissurum, proq; bonæ fidei possessore, qui scientiam rei alienæ postea suscipiat, simpliciter malæ fidei possessorem substituturum fuisse. Deterior est altera gloss. restrictio, qua Papiniani responsum eo de possessore intelligit, qui malæ fidei possessori successit. Hic enim propter ignorantiam non est malæ, sed bonæ fidei possessor, præsertim quo ad fructus, quorum respectu magis est, vt singula momenta spectemus, *l. qui bona, vers. & magis est, ff. de acquir. rer. dom.* Nihilo felicius Castr. hanc legem restringit ibidem ad eum, qui per litis contestationem fictè fuit in mala fide constitutus: Refellitur enim Papiniani verbis, dum nauem ait à malæ fidei possessore peti; quo satis evidenter indicat, eum lite nondum contestata fuisse malæ fidei, cum alioqui non à malæ, sed bonæ fidei possessore petitum fuisset. Secundò confirmatur per tex. *l. item si cum exceptione, §. aliquando, ff. quod met. cauß.* vbi judicis officio absoluitur is, ad quem res, citca quam ab alio metus ipso minime conscio fuit adhibitus: Cum enim tam is qui sciens, quam qui ignorans acquirit rem, propter quam alteri fuit illatus metus, minime conscius fuisse intelligatur illati metus, quod is demum conscius perhiberi videatur, quo suadente, instigante, seu fraudem participante metus fuit illatus, *l. ait prætor, §. quod ait, ff. quæ in fraud. cred. l. non solum, C. de commerc.* scienter autem possidens rem alteri vi vel metu extortam pro malæ fidei possessore habeatur, *secundum not. Bald. in l. mala fide, C. de condict. ex leg. Schneid. post alios in §. si quis à non dom. num. 7. instit. de rer. diu. Mascard. de probat. volum. 2. concl. 1001. num. 3.* consequitur mala fide possidentem ante interpellationem de interitu rei minime teneri, eoq; nec periculum decrescentis æstimationis sustinere, ac vi consequentis in mora non esse: Prout etiam tertio colligitur idipsum ex *l. si ipsa res, 18. ff. quod met. cauß.* vbi hæredes metum inferentis & cœteri, contra quos actio saltem datur in id, quod ad eos pervenit, liberantur interitu rei per metum extortæ, cum tamen iidem plerumque non ignorent illatum fuisse metum. Quartò similes habentur textus *in l. dolove, cum l. seq. ff. de dol.* vbi hæres, quem plerumque dolus antecessoris minime latet, de re non amplius existente, quia scilicet interijt, non tenetur, nisi quando dolo malo eius factum est, quo minus rem haberet. Quinto tex. est pro hac sententia singularis *in l. item veniunt, §. præter hæc, vers. item eos qui bona, ff. de petit. hæred.* vbi ICtus recenset verba SCti contra eos, qui hæreditatem quocunq; juris prætextu sive titulo inuaserunt, cum scirent ad se non pertinere, disponentis, vt si fecerint ante litem contestatam, quo minus possiderent, perinde condemnentur, quasi possiderent. Etenim eo ipso quod Senatus malæ fidei possessores ita demum condemnari voluit, si fecerint ante interpellationem sive judicialem sive extrajudicialem, quo minus possiderent, sequitur, eosdem si non fece-

 rint

rint ante interpellationem, quo minꝰ possiderent, puta, si absq; dolo culpave ipsorum res interierit, non esse cõdemnandos. Ac frustra & prorsus inutiliter Senatus requireret, vt fecerint, quo minus possiderent, cum etsi minime fecerint, quo minus possiderent, nihilominus eos post interitum rei condemnari simpliciter oporteret, si ante interpellationem propter malam fidem in mora essent, *l. quod te, ff. si cer. pet. l. si seruus, §. si seruus, ff. de leg. 1. l. si ex legati, ff. de verb. oblig. & simil.* Ad idem sexto tex. *in l. sed etsi, §. quod ait, & §. perinde, nec non in l. si a patre, §. si prædo, ff. de petit. her.* siquidem *in d. §. si prædo*, propterea tenetur post interitum, quia dolo possidere desijt ante interitum, & quidem vltra verum rei pretium, si pluris ea venierit, ne lucrum penes malæ fidei possessorem vllum remaneat. Septimò suffragatur *l. ait prætor, §. actio hæc, ff. quæ in fraud. cred.* vbi post annum saltem in id, quod ad eum, qui cum debitore in fraudem creditorum contraxit, peruenit, doloue malo eius factum est, quo minus perueniret, actio competit, eoq; de interitu sine culpa ipsius eveniente minime tenetur, quippe non modo lucrum nullū afferente, verum insuper damnum importante, cuius periculum agnoscere omnimodo cogeretur, si propter conscientiam fraudis siue malam fidem ipso iure moram incurrisset, *d. l. quod te, d. l. si ex legati.* Octavo comprobatur ex eo, quia legatarius ante traditionem protinus ab adita hereditate legatæ rei dominus factus intelligitur, *l. si tibi homo, §. cum seruus, ff. de lega. 1. l. legatum, ff. de lega. 2.* nec tamen hæres rem esse legatam, & consequenter legatarij non repudiantis factam sciens ipso iure protinus ab adita hæreditate moram incurrit, *l. apud Iulian. §. 1. l. cum res, §. vlt. l. si seruus, §. si seruus, ff. de lega. 1.* sed tum demum stetisse per eum censetur, cum interpellatus non præstitit, *l. si ex legati, ff. de verb. oblig.* Nono ponderari possunt iura, moram ipso iure contractam alienæ rei possessoribus attribuentia, *l. in re furtiua, l. parui, l. vlt. ff. de condic. furt. l. 1. §. rectissime, l. merito, ff. de vi & vi arm. l. vltim. C. de condic. ob turp. causs.* quæ cum duntaxat loquantur in delinquentibus, & reliquorum malæ fidei possessorum vt culpa longe minor quam illorum, sic tolerabilior etjam esse conditio in jure consueuerit, *secundum not. per Dd. in l. si fundum, C. de rei vend.* ratio juris nullatenus admittit, vt quod odio delinquentium dispositum reperitur, in consequentiam producatur ad cœteros, mala fide quidem, at citra delictum possidentes, *arg. c. odia, de reg. jur. in 6.* Decimo, si possessor ob malam fidem, quia nempe nouit rem esse domino restituendam, ipso jure moram incurreret, pari ratione sequeretur, quemvis debitorem ipso jure citra interpellationē in mora esse, vt recte argumentatur *Alex. in d. l. non interest, C. quod met. c. us.* cum nouerit is quoq;, creditori rem esse præstandam: Nec enim in eo quoad propositum vis vlla, quod illi vigore dominij restitui, huic vigore saltem obligationis præstari debeat, cum in effectu coincidat vtrumq; nec minus ex vno, quam altero soluendi necessitatem incumbere ubi debitor probe nouerit, & in scientia rei ad alterum pertinentis mala fides fundetur atq; subsistat, *l. item veniunt, §. præter hæc, versic. item eos, qui bona, & §. cæterum, l. sed etsi, §. quod ait, cum aliquot sequ. §§. ff. de petit. hæred. l. vltim. C. vnde vi.* Vltimo pro hac sententia militat regula juris aliquoties inculcata, debitorem non ante de periculo interitus aut æstimationis decrescentis teneri, vel moram incurrere, quam rite fuerit interpellatus, *l. mora, ff. de vsur. l. Titia textores, in fin. ff. de lega. 1. l. si qui ex stip. ff. de act. & oblig.* cui proculdubio standum erit etiam in debitoribus malæ fide possidentibus, donec in ijs aliud obtinere liquido monstretur, *secundum not. in l. 1. ff. de regul. jur.* Cœterum sicut ante interpellationem per malæ fidei possessores stare non intelligitur, quo minus restituant, ita simul atq; fuerunt interpellati, moram

moram incurrunt, ac periculum decrescentis æstimationis subeunt, *l. vinum, ff. si cert. pet. l. an hac, ff. de cond. trit. l. hominem, ff. mand. & simil.* dummodo norint, rem a se possessam esse interpellantis: Alioqui † si sciant modo, rem non esse suam, ignorent autem esse illam interpellantis, non aliter in mora constituentur per interpellationem, quam si interpellans eis de dominio suo fidem faciat, *vt sensit præ cæteris Lotot. in l. quod te, n. 2, vers. & ideirco, ff. si cer. pet.* cum per tex. *l. vlt. ff. de acquir. poss. l. res alienas, C. de rei vend. l. 2. C. de probat. fac. l. is à quo, ff. de rei vend.* tum, quia nuda & extrajudicialis assertio interpellantis fidem non meretur, *l. 1. §. dolum, ff. ae eo per quem fac. l. si quis inficiatus, ff. depos. & vtrobiq. not. per Dd. Bauer. de mora, p. 1. n. 26.* rum, quod interpellatione extrajudiciali non aliter in mora constituatur, qui facto sese proprio ad id, quod ab eo petitur, præstandum non obligauit, quam si certo simul ostendat interpellans, rem sibi omnimodo præstari oportere, vt pro regula tradidit *Bart. in l. non solum, §. morte, num. 47. quem reliqui sequuntur ibid. ff. de noui oper. nunc. & in l. quod te, ff. si cert. pet. per l. nomen, C. quæ res pign. & Clem. caussam, de elect. Bauer. d. p. 1. num. 24. Ioan. Saporta de mora, c. 2, num. 29.*

Ampl. XV. Etiamsi obligatio sit alternatiua, debitorisq; sit electio: Quamvis enim tunc interpellationem extrajudicialem non minus, quam petitionem judicialem necesse sit alternatiue fieri, *l. qui Romæ, §. cohæredes, vbi Dd. ff. de verbor. oblig. §. huic autem, & ibi not. per Dd. instit. de action. Bauer. de mora, p. 3. num. 7.* mora † tamen nihilominus committitur ab interpellato neutrum solvente, ac proinde vtramvis rem elegerit, habenda erit adversus ipsum ratio æstimationis, quanti ea res plurimi à tempore moræ fuerit, *vt sensere Dd. in d. l. qui Romæ, §. cohæredes,* per tex. ibidem, quo facta proponitur interpellatio alternatiua, vt tutores liberorum cohæredis, autemerent, aut venderent, cui manifeste tribuitur effectus moræ, dum tutoribus neutrum horum facientibus obstatutam Scæuola respondet exceptionem doli, quo minus pœnam alienationi præstitutam consequi possint, quia nempe steterit per ipsos, quo minus conventioni satisfieret. Non quidem desunt, qui sufffecturam illic fuisse statuant interpellationem simplicem ad emendum, quod conventio solum hæc proponatur, vt promissor partem suam cohæredi suo vel successori eius venderet, *Raphael Cuman. in d. §. cohæredes, vbi Castr. num. 6. Ias. n. 11. Donell. num. 5.* Verum sive sequamur contrariam sententiam asserentium, necessariam fuisse alternatiuam interpellationem, *Bart. in d. §. cohæredes, n. 4. vbi Bald. n. 1. Angel. Ioan. ab Imol. nu. 12. Aretin. nu. 11. Alex. nu. 3. Cuiac. vers. hanc ei,* quæ ferme probabilior videtur, cum etsi conventio simpliciter de vendendo cohæredi concepta proponatur, tacite tamen hac conventione actum intelligatur, ne provocans sive in communione remanere nolens sit melioris conditionis in deferenda cohæredi vel successori eius emendi cōditione, quam hi in referenda, quove vtriq; parti prospiciatur, vt alteruter solidā rem habeat, quia partis emtor non tam facile reperitur: tum etiam, quia Scæuola in exprimenda interpellatione conventionem alternatiue ad vtrumq; tam scilicet ad vendendum, quam ad emendum refert, vt necesse sit, aut vtrumq; alternatiue in conventione fuisse expressum, aut à contrahentibus huiusmodi quid conventione simpliciter alioqui concepta tacite, vt dixi, actum fuisse, cum si mulier interpellans errore juris hac in parte lapsa esset, ICtus alterum illud, errore juris annexum vel prorsus omissurus, vel certe ad conuentionem minime relaturus fuisset: Sive, inquam, hosce sequamur, planum est, quod volumus; Sive illorum sententiam præferamus, nihilominus hic textus æque confirmat ampliationem nostram, cum quam ex conventione

non habeant, optionem seu eligendi potestatem, ex concessione cohæredis alternatiue interpellantis consequantur tutores, vt in effectu perinde sit, ac si prævia conuentio fuisset alternatiue cōcepta, quandoquidem non est dubium, interpellantem juri suo renunciare, aliarumve conditionem meliorem facere, *l. salvenae, ff. de neg. gest.* quosque simpliciter vt emerent, interpellare liberum ei fuit, his concedere posse facultatem sive potestatem, alterutrum arbitrio suo faciendi, vt sive emere voluerint, eis constituto pretio vendere teneatur, sive vendere maluerint, non possit interpellans recusata emtione impune suam partem extraneo vendere, *per tex. d. §. coheredes.* Et quidem eligendi facultate super obligatione alternatiua debitori competente moram impediri, vt ne quidem interpellatione mediante inducatur, tantum abest, vt aperte potius in jure nostro dispositum legatur, eatenus modo electionem debitori esse committendam, quatenus moram creditori non est facturus, *l. cum res, §. sed si Stichus, ff. de lega. 1.* Quod si ad evitandam moram facultas eligendi vigore obligationis ei competens diminuitur ac restringitur, quanto minus ille debitor, cui relinquitur illibata & integra eligendi facultas, nec tamen alterutrum solvit interpellatus, a frustratione sive mora liber esse poterit. Accedit tex. *l. si penum, ff. quando dies legat.* quo sive dispositio legati alternatiue de penu vel fundo proposita, vere alternatiua fuisse intelligatur, manifeste liquet, morā esse commissam, cum interpellatus non dedit: Sive duo separata & peculiaria legata fuisse, fingatur, alterum penus, alterum fundi, neutrum quidem fuit alternatiuum, vtrobiq; tamen est in electione debitoris, penum seu fundum præstare malit, an pecuniam, quæ potestas eligendi cum nullatenus illic impedire queat moram interpellatione contrahendam, vtiq; nec in obligatione alternatiua eandem impedire poterit, *d. l. si penum, l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falc.* Quin & in generis obligatione debitoris est electio, quam generis illius speciem soluere velit, *l. legato generaliter, l. si generaliter, ff. de lega. 1. §. præterea si quis, inst. de act.* nihilominus tamen interpellatione generaliter, antequàm speciem soluendam elegerit facta in mora constituitur, indeq; ad æstimationem quanti plurimi tenetur, *l. vinum, ff. si cer. pet. l. 3. §. si per vendit. & l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt.* Quare nec in obligatione alternatiua quicquam debitoris electio moræ per interpellationem contrahendæ obstare poterit. Flagitat idem vulgata juris regula, moram ab eo fieri, qui congruo tempore locoque interpellatus non soluit, *l. mora, ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verbor. oblig.* cum & in potestate interpellati alternatiue obligati fuerit, alterutrum soluere, & petitio creditoris justa caussa fuerit, propter quam intelligere deberet, sine dilatione alterutrum se dare oportere, *l. quod te, ff. si cert. pet.* Contrarium † 45
vero, quod debitor, cui super obligatione alternatiua competit electio, per interpellationem in mora minime constituatur, tenet *Salicet. in d. l. mora, num. 10. ff. de vsur.* ea potissimum ratione motus, quod interpellatio alternatiua videatur esse conditionalis, quasi diceret interpellans, peto Stichum si eligeris eum, aut Pamphilum, si hunc eligeris: conditionem vero quis adimplere non cogatur, *l. cum ab eo, ff. de contrah. emt. l. si quis sub condit. ff. si quis omiss. causs. testa.* vt proinde ob deficientem sive non impletam conditionem effectum interpellatio sortiri nullum queat, ac potius haberi pro non facta sive non interposita debeat. Sed præterquam quod interpellatio alternatiua non magis est conditionalis, quam ipsamet obligatio alternatiua, quæ perinde vt obligatio generis electionem debitoris non absimilem admittens, cui solet æquiparari, *l. 2. §. 1. ff. de ver. obli. Loriot. in l. quod te, num. 6. ff. si cert. pet.*

puræ

puræ potius, quam conditionali obligationi subesse dignoscitur, *l. cum qui certarum*, *§. cum pure*, *ff. de verb. oblig.* quippe ex qua confestim & ante electionem peti potest, *§. omnis*, *inst. de verb. obl. §. huic autem*, *inst. de act.* illud etiam certi juris est, ita demum quem non cogi conditionem implere, nisi ad eam implendam vel vigore ipsius obligationis, vel ex dispositione legis sit astrictus, prout notat quoq; *Bald. in d. l. cum ab eo*, *per l. fideicommissa*, *§. cum esset*, *ff. de lega. 3.* Quisquis autem duo plura ue alternatiue promittit, eo ipso, quod sese ad solutionem alicujus ex his obligat, pariter etiam secundario siue in consequentiam ad eligendum sese astringere videtur, cũ nisi elegerit, siue secum constituerit, quid ex iis soluere velit, minime soluere possit. Sicut igitur post interpellationem, quam primum potuit, soluere debuit, *l. si quis filium*, *§. stipulatio*, *ff. de collat. bonor.* sic etiam electionem, sine qua solutio fieri minime potuit, intra idem temporis spacium interponere debuit, *l. ratum*, *l. quod dicimus*, *ff. de solut.* quorum quia neutrum fecit, ab eo moram esse commissam necesse est, *d. l. mora*, *l. si ex legati*, *ff. de verb. obl.* Addit, creditorem imputare sibi debere, qui non curauit juris remediis debitorem cogi ad eligendum, *secundum not. per gl. & Dd. in l. eum qui certarum*, *§. cum pure*, *ff. de verbo. obl.* Sed nihil est, quod hac in parte imputetur creditori, qui commendatione potius dignus est, quam repræhensione, quod extra judicium prius interpellauit, quam ad judicem traheret debitorem, *l. quidam Iberus*, *& ibi not. ff. de seru. vrb. præd.* quique eo ipso, quod alternatiue, vt sibi solveretur interpellauit, simul etiam ut eligeretur, desiderauit, cui denique pluribus è remediis pariter competentibus vnum vsurpando præferre licuit, *l. quod si malit*, *ff. de rei vend. l. quoties*, *l. plura*, *l. nunquam*, *ff. de act. & obligat.*

46 Ampl. XVI. † in eo, qui ante interpellationem affirmauit siue prædixit, se nolle soluere: talis enim contumaci recusatione solutionis interpellationem anteuertens, vt interpelletur, necesse non est, sed per huiusmodi declarationem protinus in mora constituitur, eoq; ad æstimationem quanti plurimi ex eodem tempore tenetur, *Alex. in l. quod te*, *nu. 8. vbi post alios Loriot. n. 15. ff. si cer. pet. Loriot. in apic. 1. de mora*, *ax. 15. Bau. de mora*, *p. 2. n. 16. idemq; sensit Raph. Cum. in l. 1. §. item si. vbi Alex. nu. 9. ff. ad leg. Falc. & in simili notat post glos. Bart. in l. vlt. num. 11. ff. de in int. rest.* clareque patet, cum ex *c. 1. §. ad hæc*, *hic fin. tex.* vbi Vasallus etiã non interpellatus incurrit moram eo ipso, quia renuit seruitia: renuere nondum requisitus haud potuit, nisi prædicendo, se nolle seruitia præstare: nec non ex *c. vlt. de dolo & contum. in 6. & Cle. un. d. t.* ubi Pontifex decidit, appellantem ab interlocutoria vel grauamine, quia protestari videtur hoc ipso, se nolle coram judice à quo de cœtero litigare, ad alia, quæ postea in judicio facienda sunt, vel ad audiendam definitiuam non esse citãdum: Multo magis igitur idem erit in proposito, vbi verbis expressis asseruit, quod soluere nolit, cum expressa frequentius & vehementius noceant, quam tacita siue non expressa, *l. si in diem*, *§. vlt. l. nunquam*, *ff. de cond. & dem. l. actus legitimi*, *l. expressa*, *vbi Dd. ff. de regul. jur.* Tum etiam, quia debitoris ex assertione constat, eum non esse soluturum, quantumvis interpelletur: Quoties autem certum est, interpellationem nihil omnino ponderis apud interpellandum esse habituram, nôn necesse est eam interponi, *l. hac stipulatio*, *§. Diuus*, *ff. vt lega. nom. cauea. Paris. consil. 24. numero 24. vol. 1.*

Cœterum † eadem conclusio 47 declarari debet primò: quia non eadem hora, vel etiam die, qua quis interpellatur, illico moram committit, verum ita demum, si modicum quoddam tempus, quo commode sese ad soluendum præparare, adeoq; soluere potuerit, citra solutionem effluxerit,

fluxerit, eoq; nec ante lapsum huius perexigui temporis ad æstimationẽ quanti plurimi teneri poterit, vti nec in mora nisi elapso eodem tempore constituitur. *glos. in l. Aemilius, verbo, restitui, ubi Bart. nume. 2. & reliqui Dd. ff. de minor. Bart. in l. si penum, ff. quando dies lega. ced. Bald. in c. 1. §. adhæc, nu. 2. hic fin. lex. Ioan. de Imol. in l. 1. §. item si, num. 15. vers. sed tamen, Castrens. num. 2. Alex. num. 9. ff. ad leg. Falc. Odofr. in l. quod te, vbi Castrens. num. 14. Dec. num. 20. & in repet. num. 42. Cagno. 88. Lorioe. num. 14. Bolog. nume. 60. ff. si cer. pet. Alciat. post alios in l. vinum, numer. 49. ff. si cer. pet. Iaf. in l. si ex legati, nume. 5. vbi Zas. num. 11. ff. de verbor. oblig. Lud. Roma. cons. 27. num. 4. Natta cons. 50. nu. 29. 10. 1. Bellon. lib. 1. suppui. c. 16. num. 3. Bauer. de mora, pag. 3. num. 1. Loriot. in epit. ti. de mora, ax. 8. Ioan. Saporta de mora, c. 2. num. 30. Steph. Forcat. de mora, pag. 1. num. 6. Menoc. de arbi. jud. lib. 2. casu 12. num. 4. Emanuel Soarez. in thesau. recept. sent. verb. mora, num. 216. qui testatur sententiam esse* receptam: Pro qua tex. euidens *in l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de coll. bon.* & æque manifestus *in c. 1. §. adhæc, hic fin. lex,* vbi clare perhibetur, ita demum committi stipulationem aut feloniam, eoque moram judici, quando interpellatus intra quoddam spacium temporis, quo conferre, siue domino seruire potuisset, non facit: Non igitur ipsa præcise interpellatio ante modici temporis eam subsequentis lapsum in mora quenquam constituit: prout etiam euincunt ij textus, quibus etsi quid in continenti siue confestim expediendum perhibetur, nihilominus aliquod spacium temporis, quo primum dari fieriue commode possit, indulgetur atque subauditur, *l. promissor Stichi, §. 1. ff. de consti. pecun. l. tutor qui repertor. §. si tutor, ff. de adm. tut. l. cum quidam ita, 24. in fi. ff. de lega. 2. l. 1. §. item si, vers. & quod dixi, ff. ad leg. Falcid. l. 2. §. confestim, ff. ad Tertull. l. ratum, l. quod dicimus, ff. re solut. l. quo enim, §. Iulian. vers. hoc autem, ff. rem rat. haberi, l. quod ait, in fi. ff. ad leg. Iul. de adulter.* *§. fin. inst. de inut. stipul.* Quod cum sit regulare, jurisque communis, consequitur, id etiam in interpellatione omnimodo locũ habere, vel eo magis, cum nullibi præcipiatur interpellato, vt in continenti soluat. Quod si negotiorum gestor, qui pro interpellato habetur, quia debet à semetipso exigere, neutiquam tamen cessasse videtur, nisi præterierit aliquid temporis, intra quod commode soluere potuerit, vt asserit Scæuola *in l. diuertia, ff. de nego. gest,* certe nec is, qui fuit á creditore interpellatus, cessasse dicendus erit, nisi modicum tempus, quo soluere potuisset, fuerit elapsum. Sed & in jus vocato, si confiteatur debitum, indulgetur modicum tempus ad soluendũ, *tex. in l. si domus, §. in pecunia, ff. de lega. 1. l. si debitori, ff. de judic.* Quanto magis igitur extra judicium interpellato non erit hoc denegandum. Suadet etjam ratio juris manifesta: Debitor enim prævidere minime potuit, quando sit interpellaturus creditor, eoque nec ante interpellationem ad soluendum sese præparare debuit aut potuit, existimans potius, gratificaturum sibi diutius creditorem, vlterius pecuniam creditam siue rem debitam penes ipsũ relinquendo: Quare cum ipsi nihil omnino queat imputari, prius quã tantum temporis effluxerit, quo cõmode soluere potuisset, ipsa rei cũ necessitas, tum æquitas exigit, ut ex eo demum tempore moræ sumatur initium, & æstimationis ratio habeatur. Cœterum † quia pro diuersitate personarum, rerum, loci, temporis, aliarumue circumstantiarum nonnunquam sufficit breuius tempus, quandoque longiore opus est, judicis arbitrio permittitur ex bono & æquo æstimandum, quantum temporis expediendæ solutioni suffecerit, *vt est tex. in d. l. si domus, §. in pecunia, ff. de lega. 1. c. 1. §. ad hæc, hic fin. lex. & præ cæteris etiam non obscure innuit d. l. ratum, ff. de solu. & d. l. quo enim, §. Iulian. vers. hoc autem, ff. rem rat. hab. tradunt q. ferme plerique Dd. supr. rel.* nec immerito, cum alias etiam hoc totum, quatenus per 48

inter-

interpellationem in mora quis constituatur, arbitrio ac discretioni iudicis determinandum relinquatur *in l. mora, ff. de usur.* Nec ista qualiscunque temporis incertitudo moræ quicquam officit, cum debitor ipse primo quoque tempore soluendo debitum, temporis incertitudinem dirimere, vitareque tam debuisset, quam potuisset, & mora non tam lapsu temporis istius iure indeterminati, quam vigore interpellationis obligationem ex interuallo subsequentis inducatur, *d. l. mora, l. si ex legati, ff. de verbor. obligatio. cum concordantibus.*

49 Verum † in oblatione, cum non sit opus ad recipiendum debitum ulla præparatione, præstoque sit pecunia siue res debita, quam sæpius hinc inde transferre debitori nimis onerosum fuerit, non est necesse lapsum modici cuiusdam temporis expectari, sed protinus creditor citra iustam caussam accipere nolens in mora cõstituitur, & consequenter ex eo tempore æstimationis quanto minoris aduersus eum ratio habetur, *l. si soluturus, ubi Dd. ff. de solut.*

50 Limitat. 2. Cum † interpellatio, prout etiam oblatio, debeat fieri oportuno loco atque tempore, *l. mora, in princip. ff. de usur. l. si soluturus, ff. de solut.* consequitur interpellationem aut oblationem non oportuno loco aut tempore factam non inducere moram, nec æstimationi locum facere, *jur. pracit. ubi glos. & Dd. Bartol. in l. non solum, §. morte, numero 54. cum seqq. & ibid. cæteri, ff. de noui oper. nunciu. Bartol. in l. cum filiusfam. §. ultim. ff. de verbor. obligationib. Alciat. post alios in l. quod te, numero 38. ubi Loriot. numero 14. Bologne. numero 58. ff. si cer. pet. Donell. in l. si ex legati, numero 7. ff. de verbor. obligation. Bernhard. Diaz. reg. 356. Carol. Molin. ad consuet. Parif. titul. 1. §. 13. glos. 11. numero 12. Eman. Soar. liber. recept. sent. verbo, mora, numer. 215. dicens declarationem Bartoli in d. §. ultim.* communiter *interpretibus esse probatam, Petr. Greg. in synt. jur. liber. 21. c. 14. numero 3. Anton. Fab. liber. 6. coniect. c. 7. in princip.* Quis autem locus, quodue tempus inoportunum sit, exemplis declarare videtur Iureconsultus ipse *in l. 2. ff. de in jus voc. ut recte censuit Bartol. in d. §. morte, numero 59. cum quo cæteri transeunt ibid. maxime Bolognet. numero 232. Salicet. in d. l. quodte, numero 4. ubi Loriot. numero 14. Ripa in c. cum M. Ferr. numero 147. de constitut. Loriot. in liber. de mora, §. secundum, versicul. porro. Bauer. de mora, pagina 3 numero 2. Cuiac. ad African. tract. 8. in l. si soluturus, ff. de solution. Donell. in l. obsignatione, numero 10. C. de solut. constantius Roger. de protest. sub titul. de incit. protest. numero 15.* & hoc totum relinquitur ex post facto æstimandum judicis arbitrio, *l. mora, in princip. ff. de usur.* quod ut iuris limitibus, quo ad eius fieri potest, circumscriberetur, late de loco ac tempore interpellationis & oblationis differuerunt *Bartol. in d. §. morte, numero 54. usque ad 61. & reliqui Dd. maxime recentiores, Jason numero 42. & 43. Bolognet. numero 215. usque ad numero 231. Bartol. & Dd. in d. l. cum filiusfam. §. ultim. Dd. in d. c. cum M. Ferr. ubi Ripa numero 144. usque ad numer. 148. Donell. in d. l. obsignatione, numero 9. & 10. Anton. Negusan. de pignor. par. 5. princip. membro 3. pagino. 2. numero 9. Bauer. de mora, pag. 3. usq. ad nu. 8. Schr. de feu. p. 10. sec. 9. nu. 54. & seqq.*

Limitat. 3. in † interpellatione facta soli pupillo citra tutoris interventum: eâ namque pupillus debitor in mora minime constituitur, eoque nec ad æstimationem quantiplurimi tenetur, *text. in l. sed si ex stipulatu, 24. ubi post glos. Bart. & reliqui Dd. ff. de verbor. obligation. Salic. in l. mora, numero 4. ff. de usur. Bauer. de mora, pagina 3. numero 10. Natta. consil. 314. num. 5. & 6. tom. 3. Molin. ad consuet. Parif. t. 1. §. 13. glof. 11. nu. 7.* 51

Idque tribus potissimum de caussis: Prima: quia cum pupillo nullum negotium, quod ei præiudicet, siue quo fiat, aut fieri possit ipsius conditio deterior, valide geri potest, nisi tutoris autoritas interuenerit, *§. 1. ubi Dd. inst. de aut. tut. l. obligari, 9. ff. d. t.* Altera: quia pupillus neque rem soluendam in potestate habet, neq; si haberet, eam soluere posset, *d. l. obligari, & §. nunc admonendi instit. quib. alien. lic.* Tertia: quia more propriè non committitur sine culpa, *l. sciendum, l. mora, ff. de vsur. Forcat. de mora, p. 1. nu. 1.* quæ pupillo interpellato imputari minime potest, quippe vt plurimum vix intelligenti, quid agatur, tam propter ætatem lubricam, quam quod ei de debito per parentes aliosue quibus successit, aut tutores contracto parũ vel nihil constat, *l. pupillus, 9. ff. de acquir. hær. l. 1. C. de falsa monet.* Nec objici pupillo potest, quod interpellationẽ sibi factam tutori denunciare debuerit, cum etsi tutori denunciasset, isq; soluere cessasset, mora vix commissa videretur, *vt est tex. in d. l. mora, v. & non sufficit*, & pupillus ignorantia juris in mora interpellatum constituentis excusetur, *l. regula 9. in princ. ff. de juris & fac. igno.* Cumque tam *tex. d. l. sed si*, quam rationes assignatæ, sint omnino generales, & indistinctè procedant, etiamsi fiat interpellatio super obligatione ex caussa hæreditaria descendente, consequens est, ne quidem super obligatione hæreditaria pupillum sine tutoris autoritate legitime interpellari, *vt contra Angel. & Rapha. Cum. in d. l. sed si, rectè tenuit Joan. de Jmo. ibid. nume. 4. Lud. Rom. Alex. n. 3. & Zas. num. 27. Bauer. de mora, pag.*
52 *3. num. 10. & 11.* Idem † juris in interpellatione facta minori curatorem habenti, *gl. in d. l. sed si ex stipula. ubi Bart. num. 4. Ioan. ab Imo. num. 5. Castre. num. 6. Zas. num. 27. Salic. in d. l. mora, num. 5. ff. de vsur. Molin. d. §. 13. glos. 11. num. 9. Bauer. d. pa. 3. numer. 12. dicens,* magis communem conclusionem, cũ æquipararetur pupillo, *vt not. in l. si curatorem, C. de in int. rest.* & in eo rationes eædem fermè locum habeant, prout etiam in aliis curatorem habentibus, puta, furioso, mente capto, prodigo, qui proinde peræque inutiliter sine curatorib. suis interpellantur, nec propter interpellationem sibi factam ad æstimationem quanti plurimi tenentur, *l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. à Titio, ff. de verb. oblig. juncta d. l. sed si ex stipulatu, & l. is cui, §. cessatum, ff. vt in poss. legat.* cum præsertim ij quoq; pupillo, minoriq; curatorem habenti æquiparari soleant, *l. certi condictio, §. item quæri, ubi Dd. ff. si cer. pet. l. qui neq, 8. l. si prædia, 11. ff. de reb. eor. l. furiosus, 45. ff. de oblig. & act.*

Puberem † vero minorem 25. annis bona sua sine curatore administrantem, quia curatorem nec habet, nec invitus, præterquam in litem, accipere cogitur, *§. 1. inst. de curat.* deque suis rebus pro arbitrio per sese disponere, libereq; contrahere potest, *l. si curatorem, C de in int. rest.* non minus atque maiorem interpellari solum sufficit, vt in mora constituatur, & ad æstimationem quanti plurimi teneatur, *vt rectè sensit gl. in d. l. sed si ex stipul. ubi post antiquiores Bart. nu. 4. & seqq. Ioan. de Imo. num. 4. & Castr. nu. 6. Alex. num. 4. dicens* omnes *hoc fateri, Aret. num. 4. vers. extra glos. Ias. nu. 14. Zas. num. 27. Salic. in l. mora, ff. num. 5. ff. de vsur. Molin. loc. rel.* Veruntamen 53
† in his, quæ servando servari possunt, interpellatione minorem, qui curatorem non habeat, in mora non constitui, censuit cum antiquioribus *Bart. in d. l. sed si ex stip. nu. 4. Ang. Rapha. Cum. Ioan. de Imo. nu. 4. Aret. nu. 4. Alex. num. 4.* communem *dicens, Ias. n. 14. similiter* communem *dicens, Zas. nume. 27. Ioan. And. in c. constitutus, de rest. in int. Bauer. de mora, p. 3. num. 12. Carol. Molin. de vsur. quæst. 40. num. 310.* per *l. is cui, §. cessatum, ff. ut in possess. legat. l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de vsur.* Quod ita demum sustineri posse videtur, si vel obligatio ad res, quę servando servari possunt, aut solas aut alternatiue ad alias quoque competens, eiusmodi sit, vt minoris quippe debito-

debitoris electio sit, quid è pluribus, quorum vno soluto liberaretur obligatione, soluere velit, quo casu, quia minori magis expedire potest, potius in alio, quam quod is soluere mauult, solutionem fieri, eoq; nec absque decreto judicis rem, quæ servando seruari queat, soluendo alienare potest, *l. lex qua, 22. C. de admin. tut. l. si quidem, 11. l. si minor, 15. cum l. seq. & t.t. C. de præd. min. l. vlt. C. quando decret. opus non est, l. quod si fundus, 11. ff. de fundo dot.* nil mirum, à minore in rei, quam in creditorem, etiamsi vellet, ante decreti judicialis interpositionem transferre minime posset, solutione moram non fieri, nisi vltra interpellationem decretum quoque judicis interuenerit: Vel obligatio debitum generis aut quantitatis contineat, idq; commode solui, nisi bona, quorum alienationi decretum judicis est necessarium, distrahantur, vix posse videatur, vbi cum similiter autoritas judicis exigatur, ita minori peræque objiciatur impedimentum justum, ne soluere posit ante interpositionem decreti, merito fit, vt ad inducendam ipsius moram sola sufficere vix queat interpellatio, *per l. quod te, ff. si cert. pet. l. cum quidam, §. si pupillo, vers. quid enim, & l. sciendum, l. sed etsi cum l. seq. ff. de vsur.* Opponit quidem Aret. vulgatam theoricam, nil releuare impedimentum, quod impeditus facile vitare seu remouere potuisset, *l. quib. dieb. in pr. vbi Dd. ff. de cond. & dem. l. sed et si per prætorem, §. 1. ff. ex quib. causs. maior.* Sed vt ea procedere posse videatur in tutore, qui post interpellationem sibi vel pupillo se autore factam non desiderauit, vt judex decretum interponeret, quo soluere debitum liquidum posset, *l. qui solidum, §. etiam, ff. de lega. 2. l. properandum, in fin. C. de judic.* certe in adulto curatorem non habente locum habere nequit, vt euincit manifeste *l. is cui, §. cessatum, ff. vt in poss. lega.* vbi minor in mora esse negatur, ob defectum curatoris, sine quo stare nequit in judicio, cum tamen facilius vel tam facile curatorem petere potuerit, *l. 2. §. sane, ff. qui pet. tut.* quam interpellatus decreti interpositionem desiderare potuit: nec id quidē immerito, cum jus ignorare minoribꝰ permissum sit, *l. regula, §. 1. ff. de jur. & fa. igno.* ac si maxime sciuissent, curatorem sibi vel decretum esse necessarium, tamen ipsorum cunctationem vel hac de caussa inculpatam esse constat, quod ætatis fragilitate lapsi non eam, quam potuissent, in impetrando decreto diligentiam adhibuerunt, & invtilis omnino circuitus foret, minorem à prætore, cuius arbitrio dijudicatio moræ permissa, *l. mora, ff. de vsur.* censeri moratorem, sed omnem commissæ frustrationis effectum restitutione in integrum inhiberi, cum tamen invtiles circuitus vitandi sint, *l. dominus testam. ff. de condict. indeb. Fac. l. vlt. C. in quib. causs. in int. rest.* vt proinde vel hac de caussa sententiam Bartoli communiter approbatā pronunciarit esse veriorem *Aretin. in d. l. sed si ex stip. n. 5. ff. de ver. oblig.* At si res immobilis, nedum alia, quæ seruando seruari posit, in specie debeatur, minor vigore obligationis, quæ à defuncto, cui jure hæreditario succesit, ad ipsum transijt, aut originem ex testamento defuncti habuit, eam sine prætoris autoritate soluere potest, *l. magis puto, §. si pupillus, ff. de reb. eor. l. 1. & l. prædium, 3. C. quando decr. opus non est,* ac proinde cum cesset impedimentū, liberamq; minor alienandi rem ex ea caussa facultatem habeat, cessando post interpellationem soluere, moram non potest non incurrere, *d. l. quod te, l. mora, ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verb. oblig. & simil.* Ita procedere potest opinio *Saliceti in d. l. mora, n. 5. & Castr. in d. l. sed si ex stipulatu, num. 6. & sensit Aretin. ibid. num. 4. vers. vnde responderi potest aliter,* prout etiam illo casu procedere videtur, quando in ipso contractu de re, quæ seruando seruari poterat, per minorem inito decretum siue autoritas judicis interuenit, *Alex. post Raph. Cum. in l. si ex legati, nu. 4. & ibid. Ias. nu. 14. ff. de verb. oblig.*

quia

quia cum judex decreto suo contractum approbauit, eo ipso approbauit etiam contractus implementū, nempe rei alienationem, vtpote necessarium consequens; vt in obligationis executione siue traditione decretum aliud minime videatur necessarium, *Bald. in l. 1. n. 3. C. si aduers. transact. Alex. lo. rel. Notat in simili gl. l. 3. §. sed vtrum, ver. invito, ff. de minor.* Neq; tamen vbi judicis, etiam curatoris autoritas minori suas alioqui res administranti est necessaria, cum in vitus curatorem habere non cogatur, præterquam in litem, *§. 1. inst. de jur.* lisq; nulla sit; vbi decretum solummodo judicis ad alienationem desideratur, & judicij in quo standi, hoc est, judicio contendendi siue litigandi personam non legitimam habere minor perhibetur, *l. 2. & 3. C. qui legit. person. stan. &c.* nomine non tam locus ille publicus, vbi jus dicitur, quam actoris atq; rei coram judice disceptatio à principio litis ad finem vsq; denotetur, *t. t. ff. & C. de judic.* Nam quod *d. l. is cui, §. cessatum, ff. vt in poss. legat.* negat, adolescenti, qui curatorem non habeat, frustrationem nocere, obseruandum, ICtum illic non de qualibet, sed ea demum frustratione agere, quando legatarij vel fideicommissarij aditis pro tribunali his, quorum ea de re notio est, ab hærede sibi satisfieri petierunt, eisq; satisfacere per sex menses cessauit hæres, vt propter eam cessationem, etjam in propria bona hæredis ex rescripto Antonini Augusti legatarij seu fideicommissarij mitti debeant, fructus inde percepturi, quo ad voluntati defuncti satisfiat, prout ex antecedenti *§. Imperator,* liquet, vbi sententia constitutionis Imperialis refertur, quæ in sequentibus declaratur. Vnde cum minori, si sit hæres, eo ipso, quia pro tribunali coram judice ab eo petitur, lis moueatur, isq; licet bonorum suorum administrationem susceperit, legitimam personam standi in judicio, siue semetipsum sine curatore defendendi, non magis quā pupillus aut furiosus habere dignoscatur, *d. l. 2. & 3. l. non eo, C. de procur.* merito dixit Vlpianus, cessatum non accipi, si pupillus tutorem non habeat, nec curatorem furiosus vel adolescens, rationem non nisi judicia respicientem atq; concernentem simul adijciens, cur hæ personæ cessasse non videantur, siue cur eis frustratio nocere non debeat, quia nempe sunt indefensæ, cum in judicio contendere, seseq; non nisi tutore vel curatore interveniente defendere queant, *d. §. 1. inst. de cur.* Quod † si vero 55
pupillus tutorem, aut furiosus curatorem non habeat, vel is quem habet, non appareat, an eum solum extra judicium interpellari sufficiat, ad inducendam moram, quæstionis est? Et pupilli solius interpellationem sufficere Donellus arbitratur *in d. l. sed si ex stipul. n. 2.* cum per tex. *l. si dictum, §. vlt. ff. de evict.* tum, quia si pupillus ipse cum tutore non extaret, tamen fieret mora ex reipsa, ne absentia debitoris fraudi esset creditori, *l. sed et si, in fin. ff. de vsur.* Sed cum inficiari nemo possit, etiam in pupillo, cuius tutor non appareat, easdem, quas ante notauimus ad *d. l. sed si,* rationes decidendi peræque militare, assertio Donelli sustineri vix potest. Nec est eadem interpellationis ad soluendū, & denunciationis, quam euictionis caussa fieri oportet, ratio, *Salicet. in l. mora, n. 4. ff. de vsur. Aret. in l. si ex legati, n. 4. & Duar. in l. seq. ff. de verb. oblig. sensit q. Forcatul. de mora, p. 1. n. 4. Aret. consil. 20. Natta consil. 514. nu. 9. tom. 3. Carol. Molin. ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gl. 11. n. 7.* Hæc enim quando fiat, non est in potestate denunciantis, cum non nisi mota emtori lite fieri possit, *l. si ab emtore, 49. l. Herennius, 63. ff. de evict. l. 1. C. de peric. & com. rei vend.* nec tam detrimentum, quam commodum venditoris respicit, atq; concernit, dum commonefacit eum satis mature, vt caussam instruat, documenta defensioni necessaria conquirat, defensionem suscipiat, & sic evitet damnum quod si res evinceretur, in ipsum esset omnimodo redundaturum, *Salic. in d. l. mora,*

l. mora, n. 4. Castr. in d. l. si ex legati, n. 5. & ab emtore potissimum eo fine denunciatur, vt in omnem euentum, siue denunciatus caussæ agendæ assistat, siue non, agere ob rem euictam possit adversus pupillum de euictione, non propter aliquam moram culpamve, quam post denunciationem commiserit, sed tamen ex stipulatione duplæ, quam natura contractus obligatum, *d. §. vlt. & l. si in venditione, 60. ff. de euict.* nec est verisimile, tutorem tam diu, donec lis emtori mota finiatur, non apparitutum, itve abfuturū, qui proinde reuersus, etiamnum pupilli nomine defensionē suscipere, caussæ agendæ adesse, juraq; pupilli deducere potest, vel si maxime lis eo nondum apparente finiatur, pupillus per sententiam contra emtorem, qui regressum aduersus ipsum habiturus est, latam læsus, dum propter absentiam tutoris caussæ agendæ, nec tutor, nec ipse tutore autore adesse, emtoremq; instruere potuit, beneficio restitutionis in integrū aduersus rem judicatam subleuatur, *t. t. ff. de minor. & C. si aduers. rem judic.* vt nemini mirum videri debeat, benignius esse receptum, pupillo ad euictionis periculum duplici de caussa jam ante obligato, tunc tutoris, qui non apparet, autoritate denunciari posse litem motam, *d. §. vlt.* Longe aliter in illa comparatum, quæ & citius a creditore, quando tutor aderat, fieri potuisset, & pupillo præjudicium siue detrimentum longe maximum affert, certe commodum eius minime concernit, nec alia de caussa, quam solutionis consequendæ gratia fit, cum pupillus, vt maxime velit, soluere nequeat, *l. obligari, 9. §. pupillus, ff. de aut. tut.* & a mora modico post interpellationem tempore, intra quod tutorem & reuerti & soluere impossibile fuerit, protinus inducenda. *l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bon. & simil.* quævis justa, vt est pupilli, tutorem præsentem non habentis, caussa excusat, *l. sciendum, d. sed et si, cum l. seq. ff. de vsur.* nec de interitu vel ad æstimationem quanti plurimi quisquam tenetur, nisi per eum (quod de pupillo dici neutiquam potest) factum sit, quo minus solueret, *l. quod te, ff. si cer. pet. l. Titia, 36. in fi. ff. de legat. 1. l. is qui, 44. ff. de act. & oblig.* Vnde cum tantum sit discriminis inter denunciationem euictionis nomine, & interpellationem ad soluendū, facile quiuis intelligit, quod in illa benignius receptum esse Trebatius ait, propter euidentem rationis diuersitatem ad hanc trahi nec posse nec debere. Neq; si pupillus ipse cum tutore non extaret, aliter mora fieri posset, quam si creditor idipsum contestatione complecteretur, *per l. 2. ff. de naut. fœn. & l. de pupillo, §. si quis ipsi, ff. de noui oper. nunc.* & tutorem postea constitutum, suiq; potestatem facientem, vel pupillum cum ipsius autoritate interpellaret, *d. §. si quis ipsi, l. mora, vers. & non sufficit, ff. de vsur.* Quocirca † verius esse videtur, si quidem pupillus tutorē, aut furiosus curatorem non habeat, creditorem interpellaturū Modestini consilium obseruare teneri, eosq; rogare, qui tutores aut curatores petere possunt, matrem puta, vel eo non existente necessarios, vt petant: qui si cessent, aut nulli extent, quibus petendi munus incumbat, adito prætore rem totam explicabit creditor, vt constituto propediem tutore vel curatore possit exigere debitum, *tex. in l. 2. §. sane si quis, ff. qui pet. tut. l. si filiis, 4. C. a. t. & vtrobiq; Dd. Bart in d. l. sed si, num. 7. Ioan. ab Imol. num. 4. Aret. nu. 4. Molin. de vsur. q. 40. nu. 306. & nu. 310. & ad consuet. Paris. t. t. §. 13. gl. 11. n. 7. & 9. Martan. Socin. de vitat. artic. 10. num. 49.* Si vero ille tutorem, hic curatorem habeat, isq; non appareat, neq; tutor alius peti poterit, quia certæ rei vel caussæ, vel tutorem habenti dari tutor non potest, *l. certarum, l. idem, ff. de testam. tutel. §. interdum, inst. de cur.* neq; curator, quia non nisi subsistente graui caussa tutorem vel curatorem habenti curator datur, *d. §. interdum, l. solet, ff. de tutel. l. 2. C. de excusat. tut. t. t. C. in quib. caus. tut. vel cur. hab.* qualis censeri vix potest interpellandi facultas, pro-

56

propter quam non magis tutore vel curatore, quam ipso principali debitore non apparente, domiq; procuratorem non habente, curatorem dari necesse est, eum præsertim sit, quod imputari creditori queat, cur exigere tamdiu supersederit, donec tutor sive curator non appareret, neq; constet, multoq; minus præsumatur eum diu non appariturum, & officio sibi demandato eum periculo maximo defuturum, vt omnimodo sit verendum, ne curatore interim dato, priusquam interpellatio fiat, vel solutio expediatur, alter appareat, suaq; præsentia substituti dationem reddat invtilem, *§. sed etsi, & §. ab hostib. inst. de Attil. tut. l. 1. C. in quib. casib. tut. vel cur. hab.* Itaque tali casu creditori faciendum, quod aliàs debitore non apparente fieri oportere sup. ampl. 9. notavimus. Sive enim tutor seu curator non apparens latitet, pro interpellato habebitur, simul atque creditor, fraude latitantis fieri, quo minus cum maxime velit, ipsum interpellare possit, contestatione complexus fuerit: Sive aliàs non appareat, denunciandum erit procuratori, vel vxori, vel ad domum eius his qui eam inhabitant, vel amicis, ipsi denique reverso, secundum not. in d. ampl. 9. quò remisisse sufficiat.

57 Limit. 4. In eo, qui soluere promisit, quando commode poterit: is enim si prius interpelletur, quam soluere commode possit, nec in mora constituetur, nec ad æstimationem quanti plurimi tenebitur, *Alexan. in l. quod te, n. 9. vers. vel nisi, vbi Alci. nu. 23. ff. si cer. pet. Angel. in l. continuus, §. illud, vbi Ioan. de Imol. nu. 15. vers. secundum dictum, ff. de verb. oblig. Lorior. in apicib. t. de mora, ax. 3. & in libell. de mora, §. 1. vers. aut nisi. Ioa. Saporta de mora, c. 3. nu. 109. & sensisse videntur Bart. & Dd. in l. eum filiusf. 49. §. vlt. ff. de verb. oblig.* cum per *l. Nepos, 125, ff. de verb. signific.* vbi Proculus dotem ita promissam, *cum commodum erit*, non ante peti posse censeat, quam cum sine incommodo suo aut cum salua dignitate sua promissor potest soluere: tum, quia dies hisce verbis incertus designatur, qui sive ipsi obligationi seu promissioni fuerit appositus, eam reddit conditionalem, *l. dies incertus, ff. de cond. & demonst. l. huiusmodi, l. stipulatio ista, §. inter incertam, l. quodcunq. §. non solum, l. centesimus, §. 1. & §. vlt. ff. de verb. oblig.* vt ante conditionis eventum, ne quidem nata sit obligatio, *§. sub conditione, & §. ex conditionali, inst. de ver. oblig.* nedum quicquam ex ea peti possit, *l. cedere, 213. ff. de ver. sign.* Sive solutioni tantum fuerit adiectus, puta, si promiserit decem, quæ soluere velit, quando commode poterit, nihilominus illum diem, quantumvis incertum, cum ad eum vsq; dilata fuerit solutio, expectari necesse est, *§. in diem, inst. de verb. oblig. §. penult. inst. de inut. stipul. l. cum qui Calendis, 41. §. vlt. cum l. seq. ff. de verb. oblig.* cum interpellatio ab eo, qui nondum petere poterat, præpostere anteq; diem facta neminem in mora constituat, *l. cum filiusf. 49. §. vlt. vbi Dd. ff. de verb. obl.* Quando † vero commode soluere quis possit, facti potius est, quam iuris quæstio, *l. eum qui Cal. in pr. ff. de verb. oblig.* 58
cum non vno modo commoditas ista consideretur & vsurpetur, *d. l. Nepos*, tantaq; personarum aliarumve circumstantiarum discrepantia sit, vt constitutione certa decidi nequeat, *l. mora, ff. de vsur.* Itaq; judicis arbitrio determinandum tale quid in qualibet occurrente facti specie merito permittitur, *d. l. mora, Bald. in l. 2. C. quod cum eo qui in alie.* Is probe consideratis facti singulis circumstantijs, ad id quod actum, sive quod ex his quæ significantur, verisimiliter ipsum disponentem vel contrahentes sensisse, videbitur, interpretationem rediget, *d. l. Nepos, & d. l. eum qui Calend.* In dubio tamen, alio quod verisimilius actum videatur non apparente, si promissor tempore contractæ obligationis, tantum in bonis (ea intellige, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum, 29. §. bona, ff. de verb. sign.*) habeat, vt de reditibus vnius aut pauco-

paucorum annorum debitum illud facile solvi queat, cum non alio fine, quam ne promissor huius debiti gratia quid è bonis suis, creditore citius, quam reditus solutioni sufficientes prouenlant, exigente distrahere cogatur, tempus illud, quo commode poterit, assignatũ videatur, tunc demum commode posse censendus erit, cum ex reditibus bonorum tantum supererit vltra id quod sustentationi sui ipsius, & familiæ, nec non rebus ipsis est impendendum, vt inde creditori satisfieri queat, *per l. magis, 5. §. non passim, ibi, vel etiam in redituum, ff. de reb. cor. l. 3. ff. vbi pup. educ. §. quia vero, in auth. vt hi qui oblig. se hab. per hib.* Sin vero tantum in bonis, aut in redituum vel obventionum spe non incerta tempore contractæ obligationis minime habeat, eoq; vix vlla spes sit, satisfieri posse, nisi quid è bonis distrahatur, aut alicunde mutuo sumatur, ne tum quidem ad instantiam creditoris compellendus erit huius debiti gratia quicquam distrahere vel mutuo sumere, alioqui frustra tempus, quo commode posfit, adjectum fuisset, promissore non magis hac in parte subleuato, quam simpliciter pureq; spopondisset, sed creditorem potius oportebit expectare, dum vel debitori occasio catius distrahendi offeratur, vel res illius eo redeant, vt ei sit vtilius aliqua bona distrahere potius, quam ijs retentis æs alienum sub vsuris grauiore dispendio contrahere vel adaugere: tunc enim debitor aliás partem bonorum suorum distrahens, sine incommodo suo, huius etiam debiti nexu per occasionem sese liberare potest ac debet, *l. debitor, 13. ff. de nego. gest. fac. etiam l. diuortio, 35. ff. d. t. l. Thais, §. 1. ff. de fideic. libert.* Vt enim creditoris nimis præpostere solutionem flagitantis, ita etiam debitoris, qui prætextu perpetuæ incommoditatis solutionem vltrà, quam par sit & æquum, subterfugere cupiat, malitiæ non erit à judice indulgendum, *d. l. Thais, §. ul. l. in fundo, ff. de rei vend.* Quando vero is in hunc sese modum obligauit, qui si continuo solvere deberet, vix vnde viuere posset, retineret, ex Proculi sententia judex eum tunc demum commode soluere posse statuet, cum in bonis tantum habere deprahendetur, vt si omne æs alienum, pariter id etiam, quod promisit, se quando commode poterit, soluturum, deducatur, nihilominus tantum sit retenturus, vnde honeste, saluaq; dignitate sua sustentare se suosq; posfit, *d. l. Nepos, l. in condemnatione, 173. vbi gl. not. ff. de reg. jur. l. inter eos, ff. de re judic. l. is qui, 4. l. qui bonis, 6. cum l. seq. ff. de cess. bonor. vbiq; Dd.* qui pro instructione judicis in huius rei determinatione multa tradunt *in l. maritum, & in l. si maritus, ff. solut. matr. & in l. sunt qui, ff. de re judic. nec non in l. 2. C. quod cum eo, qui in alien. pot. & in §. item si de dote, instit. de act. Dec. in l. Diuus, vbi Lorior. & Cagnol. ff. de regul. jur. Hartm. Hart. lib. 2. tit. de sententijs, obseru. 2. VVesenb. consil. 50. nu. 21. & seq. p. 1. Coler. de process. execut. p. 2. c. 3. num. 115. vsq; ad 120. Campegius de dote, p. 3. q. 239.*

Limit. V. Quando debitum non 59
est liquidum, interpellatus in mora minime constituitur, & consequenter æstimationis aduersus eum non potest haberi ratio, *Dd. in l. quod te, vbi præ cæteris Ripa n. 67. Alciat. num. 34. Lorior. num. 12. ff. si cert. pet. Bart. & Dd. in l. in fideicommissi, ff. de vsur. & in l. qui soledum, 75. in pr. ff. de legat. 2. & in l. non potest videri, 99. ff. de regul. jur. Bald. in l. acceptam, num. 20. C. de vsur. Matth. de Afflic. decis. 205. num. 2. Alex. consil. 49. & consil. 212. lib. 2. Socin. consil. 107. nu. 21 & consil. 109. num. 4. lib. 1. Crauet. consil. 841. num. 6. volu. 5. Loriot. in apicib. 1. de mora, ax. 5. & in libello, de mora, §. secundum, Bolognet. post alios in l. si insulam, num. 123. ff. de verb. oblig. Bauer. de mora, p. 3. num. 8. Gabr. Rom. lib. 2. com. concl. 1. de expensis, concl. 2. num. 7. Tiraquell. & per eum allegati de retr. consang. §. 1. gl. 9. nu. 1. Gail. lib. 2. obseru. 19. num. 5.* Quamdiu namq; de debito nondum liquet, justa caussa non est, propter quam intelligere deberet interpellatus, se da-

 re opor-

fluxerit, eoq; nec ante lapsum huius
perexigui temporis ad æstimationē
quanti plurimi teneri poterit, vti nec
in mora nisi elapso eodem tempore
constituitur. *glos. in l. Aemilius, verbo,*
restitui, ubi Bart. nume. 2. & reliqui Dd.
ff. de minor. Bart. in l. si penum, ff. quando
dies lega. ced. Bald. in c. 1. §. adhac, nu. 2.
hic fin. lex. Ioan. de Imol. in l. 1. §. item si,
num. 15. vers. sed tamen, Castrens. num. 2.
Alex. num. 9. ff. ad leg. Falc. Odofr. in l.
quod te, vbi Castrens. num. 14. Dec. num.
10. & in repet. num. 42. Cagno. 88. Lori-
ot. num. 14. Bolog. nume. 60. ff. si cer. pet.
Alciat. post alios in l. vinum, numer. 49.
ff. si cer. pet. Ias. in l. si ex legati, nume. 5.
vbi Zas. num. 10. ff. de verbor. oblig. Lud.
Roma. cons. 27. num. 4. Natta cons. 50. nu.
29. to. 1. Bellon. lib. 1. supput. c. 16. num. 3.
Bauer. de mora, pag. 3. num. 1. Loriot. in
apic. ti. de mora, ax. 8. Ioan. Saporta de
mora, c. 2. num. 30. Steph. Forcat. de mo-
ra, pag. 1. num. 6. Menoc. de arbi. jud. lib.
2. casu 12. num. 4. Emanuel Soarez. in the-
sau. recept. sent. verb. mora, num. 216. qui
testatur sententiam esse receptam: Pro
qua tex. euidens *in l. si quis filium, §.*
stipulatio, ff. de coll. bon. & æque mani-
festus *in c. 1. §. ad hac, hic fin. lex.* vbi
clare perhibetur, ita demum com-
mitti stipulationem aut feloniam, e-
oque moram judici, quando interpel-
latus intra quoddam spacium tempo-
ris, quo conferre, siue domino serui-
re potuisset, non facit: Non igitur i-
psa præcise interpellatio ante modi-
ci temporis eam subsequentis lapsum
in mora quenquam constituit: prout
etiam euincunt ij textus, quibus etsi
quid in continenti siue confestim ex-
pediendum perhibetur, nihilominus
aliquod spacium temporis, quo pri-
mum dari fieriue commode possit, in-
dulgetur atque subauditur, *l. promissor*
Stichi, §. 1. ff. de consti. pecun. l. si tutor qui
repertor. §. si tutor, ff. de admi. tut. l. cum
quidam ita, 24. in fi. ff. de lega. 2. l. 1. §. i-
tem si, vers. & quod dixi, ff. ad leg. Falcid.
l. 2. §. confestim, ff. ad Tertull. l. ratum, l.
quod dicimus, ff. re solut. l. quo enim, §. Iu-
lian. vers. hoc autem, ff. rem rat. haberi.
l. quod ait, in fi. ff. ad leg. Iul. de adulter.
§. fin. inst. de inut. stipul. Quod cum sit
regulare, jurisque communis, conse-
quitur, id etiam in interpellatione o-
mnimodo locū habere, vel eo magis,
cum nullibi præcipiatur interpellato,
vt in continenti soluat. Quod si nego-
tiorum gestor, qui pro interpellato
habetur, quia debet à semetipso exi-
gere, neutiquam tamen cessasse vide-
tur, nisi præterierit aliquid temporis,
intra quod commode soluere potue-
rit, vt asserit Scæuola *in l. diuortio, ff. de*
nego. gest. certe nec is, qui fuit à credi-
tore interpellatus, cessasse dicendus e-
rit, nisi modicum tempus, quo soluere
potuisset, fuerit elapsum. Sed & in jus
vocato, si confiteatur debitum, indul-
getur modicum tempus ad soluendū,
tex. in l. si domus, §. in pecunia, ff. de lega.
1. l. si debitori, ff. de judic. Quanto ma-
gis igitur extra judicium interpellato
non erit hoc denegandum. Suadet et-
jam ratio juris manifesta; Debitor e-
nim prævidere minime potuit, quan-
do sit interpellaturus creditor, eoque
nec ante interpellationem ad soluen-
dum sese præparare debuit aut potuit,
existimans potius, gratificaturum si-
bi diutius creditorem, vlterius pecuni-
am creditam siue rem debitam penes
ipsū relinquendo: Quare cum ipsi ni-
hil omnino queat imputari, prius quā
tantum temporis effluxerit, quo cō-
mode soluere potuisset, ipsa rei cū ne-
cessitas, tum æquitas exigit, ut ex eo
demum tempore moræ sumatur initi-
um, & æstimationis ratio habeatur.
Cœterum † quia pro diuersitate per- 48
sonarum, rerum, loci, temporis, alia-
rumue circumstantiarum nonnun-
quam sufficit breuius tempus, quan-
doque longiore opus est, judicis ar-
bitrio permittitur ex bono & æquo æ-
stimandum, quantum temporis expe-
diendæ solutioni suffecerit, *vt est tex.*
in d. l. si domus, §. in pecunia, ff. de lega. 1.
c. 1. §. ad hac, hic fin. lex. & præ cæteris
etiam non obscure innuit d. l. ratum, ff. de
solu. & d. l. quo enim, §. Iulian. vers. hoc
autem, ff. rem rat. hab. traduntq. ferme
plerique Dd. supr. rel. nec immerito, cum
alias etiam hoc totum, quatenus per
inter-

interpellationem in mora quis constituatur, arbitrio ac discretioni judicis determinandum relinquatur *in l. mora, ff. de vsur.* Nec ista qualiscunque temporis incertitudo moræ quicquam officit, cum debitor ipse primo quoque tempore soluendo debitum, temporis incertitudinem dirimere, vitareque tam debuisset, quam potuisset, & mora non tam lapsu temporis istius jure indeterminati, quam vigore interpellationis obligationem ex interuallo subsequentis inducatur, *d. l. mora, l. si ex legati, ff. de verbor. obligatio. cum concordantibus.*

49 Verum † in oblatione, cum non sit opus ad recipiendum debitum vlla præparatione, præstoque sit pecunia siue res debita, quam sæpius hinc inde transferre debitori nimis onerosum fuerit, non est necesse lapsum modici cuiusdam temporis expectari, sed protinus creditor citra justam caussam accipere nolens in mora cõstituitur, & consequenter ex eo tempore æstimationis quanto minoris aduersus eum ratio habetur, *l. si soluturus, vbi Dd. ff. de solut.*

50 Limitat. 2. Cum † interpellatio, prout etiam oblatio, debeat fieri oportuno loco atque tempore, *l. mora, in princip. ff. de vsur. l. si soluturus, ff. de solut.* consequitur interpellationem aut oblationem non oportuno loco aut tempore factam non inducere moram, nec æstimationi locum facere, *jur. prac[illegible] & Dd. Bartol. in l. non solum, §. [illegible] numero 54. cum seqq. & ibid. cæteri, ff. de noui oper. nuncu. Bartol. in l. cum filiusfam. §. vltim. ff. de verbor. obligationib. Alciat. post alios in l. quod te, numero 38. vbi Loriot. numero 14. Bologne. numero 58. ff. si cer. pet. Donell. in l. si ex legati, numero 7. ff. de verbor. obligation. Bernhard. Diaz. reg. 356. Carol. Molin. ad consuet. Paris. titul. 1. §. 13. glos. 11. numero 12. Eman. Soar. liber. recept. sent. verbo, mora, numer. 215. dicens declarationem Bartoli in d. §. vltim.* communiter *interpretibus esse probatam, Petr. Greg. in synt. jur. liber. 21. c. 14. numero 3. Anton. Fab. liber. 6. conject. c. 7. in princip.* Quis autem locus, quodue tempus inoportunum sit, exemplis declarare videtur Iureconsultus ipse, *in l. 2. ff. de in jus voc. ut recte sensuit Bartol. in d. §. morte, numero 59. cum quo cæteri transeunt ibid. maxime Bolognet. numero 232. Salicet. in d. l. quod te, numero 4. vbi Loriot. numero 14. Ripa in c. cum M. Ferr. numero 147. de constitut. Loriot. in liber. de mora, §. secundum, versicul. porro. Bauer. de mora, pagina 3 numero 2. Cuiac. ad African. tract. 8. in l. si soluturus, ff. de solution. Donell. in l. obsignatione, numero 10. C. de solut. constantius Roger. de protest. sub titul. de incit. protest. numero 15.* & hoc totum relinquitur ex post facto æstimandum judicis arbitrio, *l. mora, in princip. ff. de vsur.* quod vt juris limitibus, quo ad eius fieri potest, circumscriberetur, late de loco ac tempore interpellationis & oblationis disseruerunt *Bartol. in d. §. morte, numero 54. usque ad 61. & reliqui Dd. maxime recentiores, Jason numero 42. & 43. Bolognet. numero 215. usque ad numero 235. Bartol. & Dd. in d. l. cum filiusfam. §. vltim. Dd. in d. c. cum M. Ferr. ubi Ripa numero 144. usque ad numer. 148. Donell. in d. l. obsignatione, numero 9. & 10. Anton. Negusan. de pignor. par. 5. princip. membro 3. pagino. 2. numero 9. Bauer. de mora, pag. 3. usq; ad nu. 8. Schr. de feu. p. 10. sec. 9. nu. 54. & seqq.*

Limitat. 3. in † interpellatione 51
ne facta soli pupillo citra tutoris interventum: eá namque pupillus debitor in mora minime constituitur, eoque nec ad æstimationem quanti plurimi tenetur, *text. in l. sed si ex stipulatu, 24. ubi post glos. Bart. & reliqui Dd. ff. de verbor. obligation. Salic. in l. mora, numero 4. ff. de vsur. Bauer. de mora, pagina 3. numero 10. Natta. consil. 514. num. 5. & 6. tom. 3. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 13. glos. 11. nu. 7.*

 Idque

re oportere, proinde nec per eum stat, quo minus detur, *d. l. quod te*, nec potest improbus videri, qui ignorat, an vel quantum soluere debeat, vt ait Venuleius, *in d. l. non potest videri*, & mora præsupponit culpam, qua caret, quisquis debitum adhuc illiquidum soluere differt, *l. vlt. C. de compens.* Quod si ad moram evitandam soluere teneretur interpellanti, eum sit omnino futurum, vt eo in probatione debiti deficiente, nihil debuisse interpellatus intelligatur, *l. qui accusare, & ibi not. C. de eden. l. 1. C. de probat.* non modo præpostera solutio frustratoria fuerit & inanis, quod leges auersantur, *l. hac stipulatio, 14. in fin. ff. vt legat. nom.* sed & dolo non caruisse videretur, qui petijt & extorsit, quod redditurus erat, *l. in condemnatione, 173. §. vlt. ff. de regul. jur.* Nonne vero & publice, litium diminuendarum gratia, *l. quidam existimauerunt, 21. ff. si cer. pet.* & priuatim cuiusq; interest, potius nō soluere, suumq; retinere, quam solutum non absq; dispendio condictione indebiti, aut alia quavis actione repetere, *l. ideo, 3. ff. de compensa.*

60 Quin † etsi debitum per sese liquidum sit, retentionis tamen jus in eo debitori competat, vigore alterius debiti quantumvis, quoad quantitatē nondum liquidi, puta, si cui legatum debeatur, sed legis Falcidiæ ratio interveniat, interpellatione debitor in mora minime constituetur, *l. in fideicommissi, ff. de vsur. l. qui solidum, 78. in pr. ff. de lega. 2.* cum vsurpando jus retentionis in rebus ad interpellantem alioqui pertinentibus, & sic differendo solutionem jure suo vtatur, eoq; culpæ doliq; sit expers, nemini moram vel injuriam faciat, *l. injuriar. 13. §. 1. ff. de injur. l. nullus videtur, 55. l. factum, 155. §. non videtur, ff. de regul. jur.* nec juste conqueri possit interpellans, qui offerendo satisdationem de soluendo, quicquid eum ratione debiti, propter quod retentione interpellatus vtitur, præstare oportere liquebit, jus retentionis eneruare, debitumque plane liquidum soluere detractantem vigore interpellationis in mora constituere potuisset, *per tex. l. statuliber rationem, 5. & l. seruus heredi, 24. in fin. ff. de statulib. l. prætor, 20. §. si quis, ff. de noui oper. nunc. l. si heres, 8. & 1. 1. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. fructus, 7. aliàs diuortio, §. interdum, ff. solut. matr. Jason in l. quod te, num. 8. vbi multos allegat, & ibid. Alciat. num. 34. ff. si cert. pet. Ripa in l. si insulam, num. 67. ff. de verbor. oblig. Alexan. consil. 24. num. 9. lib. 4. Neuiz. consil. 94. num. 17.* communemque testatur esse sententiam *Curtius Iun. consil. 122. num. 69.*

Alicet † consultius fu- 61
erit, si verbotenus offerat interpellatus super debito nondum liquido, dicendo, se paratum soluere, cum liquebit, si tamen interpellatus verbotenus offerre prætermiserit, nihilominus verius & æquius arbitror, eum à mora tum quoque excusatum iri: Subest enim caussa moræ impeditiua, debitum nempe adhuc intricatum & illiquidum, & allatæ paulo ante rationes tam procedunt vrgentque non interveniente verbali oblatione, quam eadem interveniente. Sed & leges, quæ super debito per se se illiquido, vel eo super quo jus retentionis vigore alterius debiti quo ad quantitatem nondū liquidi competit, moram committi negant, nihil minus quam interventum verbalis oblationis præ se ferunt siue requirunt, *l. in fideicommissi, in princ. ff. de vsur. l. qui solidum, ff. de lega. 2. l. non potest videri, ff. de regul. jur. l. 2. C. de fruct. & vsur. lega.* Eæ vero, quibus commemoratur oblatio verbalis, in eo loquuntur, qui actionis aut juris alicuius consequendi gratia verbotenus offert, *l. prætor ait, §. si quis paratus, ff. de noui oper. nunc. l. statuliber, l. seruus heredi, in fin. ff. de statulib. l. si residuum, C. de distrac. pignor.* sicut etiam propter eandem caussam eædem vna satisdationem exigunt, quando non alias creditori cautum est, ad quam alioqui interpellatus de debito nondum liquido, qui nihil amplius, quam vt a mora sit immunis, quærit, nisi forte sit inops & suspectus,

mini-

minime tenetur, *l. fidejussor evictionis, ff. de except. dol. Alexan. in l. si mora, nu. 4. ff. solut. matrim. & in l. 4. §. ait prætor, num. 2. ff. de re judic. Aretin. consil. 163. Ripa in l. si insulam, num. 67. ff. de verbor. oblig. Anton. Negusant. de pignorib. quinta parte princ. memb. 3. p. 2. num. 4. Molin. de usur. q. 82. num. 619. Tirasquell. de retr. consang. §. 1. gl. 10. num. 3.* Proinde licet ibidem *Tiraq. num. 2.* sentire videatur, pro debito nondum liquido necesse esse, verbo offerre, se paratum soluere cum liquebit, & de eo fidejussores offerre, proq; assertione sua interpretes aliquot alleget, loquitur tamen ipse de offerente retrahendæ rei alienatæ gratia, adeoque nominatim huiusmodi debitum illi quidem præsupponit, quod offerri debet, prout etiam de tali sensisse, vel non tam necessitatis quam abundantioris cautelæ gratia verbalem requisiuisse oblationem videntur Dd. in loc. ab eo relatis, qui videantur.

62 Si † tamen interpellato incumbat necessitas liquidandi debitum, puta, quia rationes creditori reddere, reliqua soluere tenetur, ac post interpellationem per ipsum stet, quo minus rationes reddat, debitumve liquidum fiat, magis est, ut moram incurrat, etiamsi debitum nondum liquidum sit, ac proinde ab eo tempore ad æstimationem, quanti plurimi valuerint, quæ deberi deinceps constabit, tenebitur, cum, quod ubi per alium stat, quo minus quid fiat, id pro facto habetur in eius præjudicium, *per multa, quæ Tiraq. allegat de retr. consang. §. 15. gl. 2. nu. 7. & in terminis nostris tradit Anton. Fab. de err. pragmat. decad. 17. err. 4. vers. nisi uno fortassis.* Tum, quod alioqui tergiuersatio seu frustratio in reddendis rationibus interpellato prodesset tam ad alia, quam ad evitandum periculum decrescentis æstimationis, interpellanti contrà non mediocriter obesset, contra rationem juris, *l. hominem, ff. mand. l. in condemnatione, §. unicuiq; ff. de reg. jur. c. mora, de reg. jur. in 6.* Tum, quia si maxime fuisset simpliciter interpellatus de soluendo, non facta peculiari redditionis rationum sive liquidationis, quæ præcedere deberet, mentione, tamen ad hanc quoque tacite simul interpellatus intelligitur, siquidem qui desiderat consequens, utique desiderat etiam quodvis necessarium antecedens, sine quo illud obtineri vix potest, *l. 2. & ibi not. per Dd. ff. de jurisd. l. refectionis, ff. commun. præd. l. ultim. ff. de aq. plu. arc. cum simil.* Tum, quia qui potest facere, ut sibi de quantitate debiti constet sive liqueat, jam de eadem certus esse videtur atq; præsumitur, *l. qui potest facere, ubi Dd. ff. de regul. jur. & arg. c. ultim. de elect.* nec propter incertitudinem sive obscuritatem debiti censeri potest impeditus in soluendo, qui facilè potuisset impedimentum remouere, *l. sed etsi per prætorem, §. 1. vers. sed nec ad eos, ff. ex quib. causs. maio. l. 1. §. quid ergo, ff. de contrar. tut. & util. act. l. Licinius, ff. quib. ad lib. procla. non lic. l. quib. dieb. in pr. ubi Bald. & Castr. num. 2. ff. de cond. & dem.* Aduertendum † 63 insuper, hactenus limitationi nostræ locum esse, si totum debitum sit adhuc illiquidum: nam si pars eius esset liquida, respectu summæ de qua constaret, mora per interpellatum non soluentem committeretur: quod omni dubio caret, quando partem illam sibi solui creditor peculiariter desiderauit, *per d. l. qui solidum, ubi Bar. Joan. ab Imol. num. 1. & reliqui. Castr. in l. Dinus, ff. ad leg. Falcid. Joan. de Imol. in l. 1. §. si stipulanti, num. 40. ubi Alex. num. 5. ff. de verbor. oblig. Castrens. in l. quidam, num. 7. ff. si cert. pet. Bauer. de mora, p. 3. num. 10. Cravet. consil. 325. nu. 2. & consil. 893. num. 4. volum. 5. Stepha. Forcatul. de mora, p. 1. num. 27. Gabr. Roman. & per eum relati lib. 2. t. de expens. conclus. 2. num. 8.* At † si omissa liquidæ partis mentione simpliciter ad integrum debitum interpellationem instituisset, res est magis dubia: Sed verius esse videtur, simpliciter interpellatum ad totum, parte sive summa liquida non soluta moram non incurrere, *Bartol. in d. l. qui solidum, ubi* 64

Joan. de Imol. num. 1. Castrens. num. 1. ff. de legat. 2. Joan. de Imol. in l. 1. §. si stipulanti, num. 40. vbi Castr. num. 4. Alexan. num. 8. dicens magis communem *sententiam, Ias. num. 11. & 12. Zas. num. 14. Crotus, num. 6. Galiaula, num. 11. Butigella, num. 17. Hercul. num. 20. ff. de verb. oblig. Salic. in l. mora, num. 9. ff. de vsur. Dec. in l. non potest, 99. num. 3. dicens* veriorem, *vbi Cagnol. num. 6. dicens* communem, *ff. de regul. jur. Paulus Castrens. in d. l. quidam, num. 8. ff. si cert. pet. Baucr. d. p. 3. num. 16. Grauet. d. consil. 893. num. 4. Plures adducit Gabr. Roman. d. concl. 2. nu. 4.* Pro qua textus est euidens *in d. l. qui solidum, in princ.* vbi Papinianus aperte respondit, petitorem solidi fideicommissi, quod hærede Falcidiam objiciente integrum consequi nequibat, in parte moram passum intelligi, si partem interim sibi solui desiderauerit, neque acceperit: vt proinde si partem sibi solui non desiderauerit, eoque requisitum à Papiniano singulariter adscriptum siue nominatim assignatum defecerit, petitor integri debiti moram in parte passus intelligi nec possit nec debeat. Ac licet hunc textum evitare conetur *Alciat. in l. quidam, 21. ff. si cert. pet.* asserendo protestationem de parte liquida soluenda tunc solum esse necessariam, cum de lege Falcidia agitur, in qua lex totum retineri concedat, donec ad liquidum omnis summa redacta sit, *l. 1. §. hac verba, ff. si cui plus quam per leg. Falc.* nihil tamen hac responsione proficit, siquidem *d. §. hac verba*, non asserit, totum legatum seu fideicommissum, & sic id etiam, quantum de eo lege Falcidia detrahi minime posse constat, retinere licere, vsque dum congrua legis Falcidiæ computatio facta fuerit: hoc tantum indicat, lege Falcidia interdum partem eius quod datum est, interdum totum revocari, cum scilicet evenit, vt propter emergens debitum vel existentem æris alieni conditionem, totum quod legatum est, exhauriatur: Ac si, vt Alciat. contendit, totum lex retineri concederet, donec ad liquidum omnis summa redacta sit, non recte legatarius vllam desideraret partem sibi solvi ante computationem, *l. qui hoc anno, l. eum qui certar. ff. de verbor. obligat. & simil.* cuius contrarium Papinianus aperte statuit *d. l. qui solidum.* Aliter *Joan. Robert. l. 2. sentent. jur. c. 9.* respondet, esse illic speciale, quia nondum inita legis Falcidiæ ratione neuter certò scire potest, quæ portio rei legatæ vere debeatur. Itaque in toto justa litigandi caussa hæredem excusat, cui, si offerre a lege juberetur ante subductam rationem, certò constare non posset, quid vere debitum offerendum sit, *l. 1. versic. sed caussa cognita, ff. si cui plus quam per leg. Falcid.* Sed hæc responsio priore deterior videtur, cum ex ea sequatur, hæredem non incurrere moram, etiamsi legatarius partem interim sibi solvi desiderauerit, quandoquidem talis interpellatio non tollit illam, quam Robertus illic subesse comminiscitur incertitudinem. Ac licet quandoq; vsu veniat, vt plane sit incertum, an quicquam legatarius sit consecuturus, frequentius tamen constare solet, nihil an aliquid siue magnum siue modicum, ei veniat omnimodo præstandum, etiamsi ob rationem legis Falcidiæ nondum initam sit incertum, verum de residuo quicquam sit habiturus. Cumq; Papinianus asserat, hæredem pro parte, quam legatarius interim solui desiderauerit, moram incurrere, vtiq; præsupponit, eam fuisse liquidam, & consequenter ab ea fictam Roberti excludit incertitudinem. Vltra *d. l. qui solidum*, communi sententiæ suffragatur etiam aliud Papiniani responsum *in l. in fideicommissi, vers. sed puta, ff. de vsur.* vbi moram interpellatione judiciali vel extrajudiciali induci negat interveniente Falcidiæ ratione: cum tamen vt plurimum Falcidiæ ratio non impediat, quo

quo minus constet, fideicommissario quandam fideicommissi partem omnimodo fore præstandam. Confirmatur item ratione, quia minime præsumitur, creditorem recipere velle particularem solutionem, *l. tutor, §. Lucius, ff. de usur. Ioan. de Imo. in d. l. 1. §. si stipulanti, num. 40.* idq; propter illius incommoda, quæ secum trahit non minima, *l. 3. ff. fam. herc.* quæ præ cœteris egregie descripsit *Donell. in d. l. quidam, n. 14. ff. si cer. pet.* Vnde cum in toto, quod recepturus esset, mora non fiat, ob partem nondum liquidam, ne quidem in parte liquida quam non receptam iri præsumtio est, mora fieri poterit, cum præsertim quo minus ea fuerit soluta, non tam per debitorem, quam creditorem ipsum accipere minime paratum, factum fuisse intelligatur. Præterea sicut pars liquida non nisi quatenus concurrit ad complendum atq; constituendum debitum integrum, in obligationem deducta fuit, ita nec simplici debiti totius petitione nisi quatenus cum reliquis integrum debitum complet atque constituit, pars liquida in consequentiam petita intelligi potest, vti per id, quod tradit *Bart. in l. scire debemus, nu. 5. & 6. ff. de verb. obl. concludit Dec. in d. l. non potest nu. 4. & in l. in eo quod, num. 2. & seqq. ff. de reg. iur.* Quoties autem quid non separatim ac per sese, verum eatenus modo petitum intelligitur, quatenus cum reliquis partibus totum quoddam simpliciter ac per sese petitum constituit, nihil aliud agitur, quam desideratur, vt ea pars coniunctim cum reliquis in ipso toto soluatur, eoque tantum abest, simplici totius debiti petitione desiderari separatam partis liquidæ solutionem, vt contrarium potius clare appareat. Quare cum mora non inducatur, nisi rei debitæ, cuius respectu committitur, petitione, saltem extraiudiciali præcedente, *l. is qui ex stipulatu, ff. de act. & oblig. tum concor.* hæc vero non interuenerit, cum nihil minus quam separata partis liquidæ solutio desiderata fuerit, ne quidem respectu partis liquidę separatim non solutæ mora committi poterit. Contrarium † tamen, videlicet, parte si- 65 ve summa liquida non soluta moram committi, licet creditor non fuerit protestatus de soluenda sibi parte liquida, tenuit *Bartol. in d. §. si stipulanti, n. 2. & in d. l. non potest videri, Alciat. in l. quod te, num. 34. ubi Loriot. nu. 12. ff. si cer. pet. Alciat. in d. l. quidam, ff. d. t. & in d. §. si stipulanti, nume. 54. Lofred. cons. 23. Ioan. Robert. lib. 2. senten. iur. c. 2.* Quorum pro sententia facere videtur, primò quidem *tex. d. §. si stipulanti.* Vt enim ad moram interpellatione inducendam requiritur, vt idipsum fuerit petitum, quo non soluto mora committitur: ita multo magis pro substantia stipulationis requiritur, vt stipulator idipsum interrogarit, quòd promissor spopondit: Atqui illo viginti stipulante, hoc decem promittente, stipulationem quoad decem valere, Vlpianus ait, in *d. §. si stipulanti,* hac ipsa de caussa, quia stipulando viginti, etiam decē, quippe quæ viginti insunt, stipulamur. Itaque pari vel, maiori potius ratione interpellatio pro toto debito consequendo facta, si certam eius partem interpellatus debere sese non inficias eat, quoad partem illam siue summā liquidam omnimodo valebit ad moram respectu eiusdem inducendam, *arg. d. §. si stipulanti,* cum in ea verborum tanta solennitas & obseruantia non sit necessaria, vt supra notatum. Sed mirum non est, stipulationem valere, cum non modo per ipsum promittentem decem de viginti separentur, verum etiam stipulator, cui decem in continenti promittuntur, ad decem tantum obligatione separatim comprehendenda suum accommode consensum, eo ipso, quia contentus est promissione illorum decē, nec eorum obligationem propter omissam siue tacite denegatam reliquorum decem promissionem repudiat. Secus in petitione totius debiti, vbi ab interpellante, nec ab interpellato separatio liquidæ partis ab illiquida

parte siue integro debito fieri videtur, multo minus separationi liquidi ab illiquido consensus accommodatur, cum neq; debitor separatim sese liquidam partem soluturum offerat, neq; sit verisimile, creditorem debitũ integrum exigentem particularem solutionem esse recepturum, potius contrarium præsumatur, *l. tutor, §. Luc. ff. de vsur. junc. l. 3 . ff. fam. herc. Io. de Im. in d. §. si stipulanti, n. 40.* Secundò ratione probari videtur: quia creditor interpellando debitum totum exigens, partem quoq; siue summam eius liquidã exigit, cum illa toti insit, eoq; contineatur, *l. si quis totum, ff. de excep. rei jud. c. in toto, de reg. jur. in 6.* vt proinde facta extra judicium petitio totius debiti nõ minus quam petitio solius partis liquidæ soluere cessantem in mora cõstituere debeat. Sed vt negari non potest, exactione totius partem liquidam quoq; fuisse petitam, quatenus toti inest eoq; continetur, ita vicissim consequitur, eam vigore petitionis non separatim absq; toto, sed coniunctim, vt toti inest, & eo continetur, esse soluendam: quod cum facere debitor ante liquidem totius debiti commonstrationem minime teneatur, vel hinc euidenter apparet, interpellatione ad totum soluendum, respectu liquidæ partis debitorem in mora neutiquam constitui. Quid quod creditor ipse, dum simpliciter ac per sese totum, non autem partem liquidam, nisi tantum in consequentiam & minus principaliter, vt in alio, nempe toto, cõtinetur, petit, nec partem liquidam accipere sese paratum ostendit, non obscure debitum integrum sine vlla diminutione sibi solui desiderat, eoq; pariter innuit, particularem solutionem sese non admissurum. Tertio suffragari videtur vulgata regula. quoties actus eo, quo agitur, modo valere nequit, nihilominus eo modo valet, quo valere potest, *l. si tam angusti, l. via, ff. de seruit. Bart. & Dd. in l. 1. §. si quis ita, ff. de ver. obl.* quodque semper anteferri debet interpretatio, qua valeat actus potius, quam pereat, *l. 4. ff. de test. milit. l. quoties in actionib. ff. de reb. dub. cum sim. alleg. per Dec. in l. in contrahenda, nu. 4. ff. de reg. jur.* nec est verisimile, quenquã actum plane frustratorium celebrare voluisse, *§. idemq., inst. qui & quib. ex caus. man.* Sed nihil hic iuuant hæ regulæ: rum, quod agitur de mora inducenda; quæ cum sit odiosa, caussamque debitoris duriorem reddat, eius contrahendæ gratia interpellatio non sustinetur alio modo, quo valere posset, *l. Arrian. ff. de obl. & act. gl. in l. 1. §. cum qui, ff. de const. pecun. Io. de Im. in d. §. si quis ita, num. 26. & reliqui Dd.* Tum, quod peccatum fuerit, non tam quoad solam rem siue commoditatem petitione comprehensam, quam in ipso interpellandi modo, cum in interpellatione liquida pars ab illiquida separari, & illa modo peti, vel protestatio, quod creditor partem liquidam accipere sit paratus, fieri debuerit, quibus penitus omissis totum solummodo petitum fuit: Tum, quod præsumtiue liquet de voluntate creditoris, quod partem solummodo liquidam non sit recepturus, nedum ad eam tantum interpellationem directam intelligi voluerit: quoties autem in agendi siue constituendi modo peccatum fuit, aut de mente agentis, actum non alio modo valere volentis liquet, regulis allegatis locum non esse, *Barto. & reliqui notant interpretes in d. l. 1. §. si quis ita, ff. de verb. obli.* Quarto adduci potest ea ratio: Vbicunque justa caussa detrectandi solutionem deest, interpellatus in mora constituitur, *l. quod te, ff. si cer. pet. & arg. l. sciendum, ff. de vsur.* Atqui justa causa propter quam in proposito impeditur mora est obscuritas debiti adhuc illiquidi, quę plane deest in parte debiti liquida, vt proinde quoad hanc necesse sit interpellatum in mora constitui. Verum etsi desit obscuritas debiti in parte liquida, tamen in ea subsunt aliæ non iniustæ caussæ differendi solutionem, nempe deficiens quoad eam vel in sufficiens interpellatio, & prę-

sumtio.

ſumtio, quod creditor partem liquidam, ſi maxime offerretur, ſolam non eſſet recepturus, quibus efficitur, vt ſit extra culpam & á mora excuſetur, *d. l. quod te, & d. l. ſciendum.* Quintò præ cœteris Robertus mouetur, quia reus actorem cogere poteſt, vt eius partis, quam deberi inter eos, altera in diſceptationem revocata, conſtat, ſolutionem accipiat. *l. quidam exiſtimauerunt, ff. ſi cer. pet.* Quod vt verum ſit, non tamen ſequitur, eum incurrere morã, niſi partem liquidam offerat, & á judice creditorem ad accipiendum compelli curet: Alioqui cum debitor etiam ante interpellationem ſeſe poſsit inuito creditore liberare offerendo, conſignando & deponendo debitum, *l. obſignatione ubi Dd. C. de ſolution.* concludendum fuerit, eum etiam ante interpellationem, niſi ſponte ſoluerit, aut oblatum & obſignatum depoſuerit, in mora fore, quod eſt abſurdum. Nec vero in *d. l. quidam,* confitenti partem debiti vlla neceſsitas imponitur, eam offerendi, ſed præſuppoſito, quod offerat, illud in diſceptationem ſolummodo venit, an creditor ad eam accipiendam compelli debeat. Vltimo ponderat idem Robertus *l. ſi ſeruus, §. boue, verſ. contra, ff. de condic. furt.* vbi boue ſurrepto, cum prius bouis dominus pretium corij condictione conſecutus, poſtea bouem condicere vult, nõ aliter exceptione repelli poteſt, quam ſi detracto corij pretio bouis pretium offeratur. Sed cum fur protinus à tempore furti commiſsi ſit in mora, *l. vlt. ff. de cond. furt.* non eo fine illico offert, ne moram incurrat, ſed vt á mora, in qua huc uſq; fuit, ſimul etiam ab actione inſtituta liberetur, nec non ope exceptionis doli releuetur, ne pretium corij dudum peculiariter ſolutum, in bouis pretio ſoluere

65 denuo compellatur. Putarim† tamen poſteriori ſententiæ ſaltem eo caſu locum eſſe, quando creditor cui quis ex pluribus cauſsis debet, vna interpellatione generali vniuerſam debitorum in vnum computatotum ſummam exigit: tunc enim ſi debita non omnia ſint liquida, verius eſt, interpellatum non poſſe citra moram propter illiquida debita ſolutionem liquidorum differre, cum tali caſu fundamenta communioris ſententiæ plane ceſſent, rationes autem pro altera adductæ firmiter obtineant: inſuper liquida debita cauſſam plane ſeparatam habentia, & omnino diverſa, nil commune cum illiquidis habeant, nedum cum eis vnicũ quoddam debitum vt partes totum conſtituant, eorumque præſtatione non particularis aliqua, ſed integra integri cuiuſque debiti ſolutio fiat, denique non ſit, quod imputetur creditori, cur non peculiariter exegerit liquida, cum perinde ſit, ac ſi pro debito quolibet peculiarem ſiue diſtinctam interpellationem interpoſuiſſet, ſiquidem genus tantum valet, quantum ſpecificatio, *d. l. ſi chorus, 77. in pr. ff. de lega. 3. l. ſi duo, ubi Bart. ff. de adim. tut.* & generalis interpellatio ſiue diſpoſitio tantum operatur quoad quamlibet ſpeciem ſub ea contentam, quantum operatur ſpecialis quoad ſpeciem in ea expreſſam, *l. Gallus, §. & melius, v. vt inſtituens, ff. de lib. & poſt. cum ſim. alleg. per Tiraq. in l. ſi unquam, in præfat. numer. 118. C. de reuoc. dona. & de legib. connub. gl. 7. num. 89. Schrad. de feud. pag. 101 ſec. 6. num. 14.*

Limit. VI. Quoties † difficultas 67
interuenit impediens interpellatum citra culpam ipſius, vt ſoluere, ſi maxime velit, nõ poſsit: tunc enim regulariter cum á mora excuſatur, tum etiã ex conſequenti liberatur, ne ad æſtimationem quanti plurimi teneatur, *l. quod te, ubi Dd. ff. ſi cer. pet. l. ſi vehenda, §. idem juris, ff. ad leg. Rhod. de jac. l. 3. §. ſi per vendit. ff. de act. emt. l. cum ſeruus, l. cum res, ff. de lega. 1. Alb. Brun. de dimin. & de rer. conc. 20. nu. 143. Ioan. Saporta de mora, c. 2. n. 45.* Cœterum ad plenam & accuratam huius materiæ de difficultate in obligationem incidente reſolutionẽ luculenta tractatio deſideratur, quã in præſentia, ne extra doctrinam æſtimationis nimis euagemur,

persequi nostri non est instituti. Vi-
deantur amplissime tradita per inter-
pretes ordinarie *in d. l. quod te, & in l.*
continuus, §. illud inspicien. ff. de ver. obl.
& in c. significante, de pign. Panorm. in c.
breui, & ibid. reliqui, de iureiu. Roma.
cons. 435. Socin. cons. 288. num. 31. vol. 2.
Hieron. Gabr. cons. 181. nu. 13. & 14. Ruin.
cons. 150. Bolog. cons. 16. nu. 5. 6. 7. Loriot.
in apic. tit. de mora, ax. 1. 2. 3. & in libello
de mora, §. 1. Saporta de mora, c. 3. n. 104.
usq. ad 110. Steph. Forcat. de mora, p. 3. n. 1.
2. 3. Molin. de vsur. q. 82. n. 625. Nicol. Bel.
lib. 3. supput. c. 13. Sebast. Med. de fortuitis
casib. pag. 1. q. 4. Couar. ad c. quamuis, par.
2. §. 5. nu. 4. de pact. in 6. Andr. Fachin.
lib. 2. controu. iuris, c. 91. Illa magis pro-
posito nostro quæstio congruit, ces-
sante, quæ cohibuit moram, diffi-
cultate, sit ne interpellatio noua indu-
cendæ moræ necessaria? Et verius vi-
68 deatur, † interpellationem non ampli-
us esse necessariam, sed committi mo-
ram, simul atque difficultate sublata
cessat soluere debitor, *vt in simili tra-*
diderunt Ias. in l. vinum, num. 10. ff. si cer.
pet. Loriot. in libello de mora, §. in his casib.
ver. proinde. Caussa enim, quæ moram
inhibuit, quamdiu suberat, cessante,
cessare quoq; effectum necesse est, vi-
delicet inhibitionem moræ, quæ si et-
iamnum inhiberetur, vsq; dum de
nouo interpellatum fuerit, effectus
post caussam produceretur, contra
c. cum cessante, de appell. & simil. Deinde
subest adhuc prior interpellatio legi-
time interposita, qua cum volunta-
tem suam in exigenda solutione de-
clarauerit, nec eius mutatio præsumi
debeat vel possit, interpellatio subla-
to difficultatis impedimento, suas
iure merito vires exerit, officiiq; de-
bitorem sufficienter adhuc admonet,
eoque necesse non est, eum de novo
interpellari, *c. cum qui, de reg. iur. in 6.*
Adde quod creditor interpellatione
legitime facta, abunde fuerit officio
suo functus, vt iniquum videatur eũ
propter difficultatẽ & impedimentum
alterius, grauari necessitate vlterius
interpellandi, postquam difficultas
cessauerit, cum præsertim sit alioqui
nimis oneratus in eo, quod exactio-
ne sua nec solutionem consequi, nec
debitorem in mora constituere potu-
it, quam diu difficultas durauit, & ple-
rumque sero vel parum ei constet,
quando cesset difficultas dandi fa-
cultatem, hoc est, debitoris commo-
dum incommodumve respiciens, *l.*
continuus, §. illud, ff. de verbor. obli. vt
vel hac de caussa fuerit iniquum, cre-
ditorem, qui interposita prius inter-
pellatione, fecit ex parte sua, quic-
quid potuit ac debuit facere, sustine-
re toto tempore, quo difficultatem
cessare ignorauit, periculum interitus,
æstimationis decrementum, & id ge-
nus alia incommoda, quæ morator
alioqui resarcire tenetur. Deniq; non
esse necessariam sublato impedimen-
to requisitionem siue interpellationẽ,
dummodo cœtera, quæ fieri opor-
tuit, interuenerint, satis liquet ex *l.*
ratum, 13. ff. de solut. l. quo enim, 12. §. Iu-
lianus, ff. rem rat. hab. quas in casu non
dissimili supra ponderauimus, exerc.
12. lim. 10. sub fin.

Limit. VII. Quoties alia quæpi- 69
am iusta caussa differendi solutionem
post interpellationem subest, quales
exempli gratia recenset Vlpianus *in*
l. sciendum, & Paulus *in l. si quis solutioni,*
ff. de vsur. mora non inducitur, nec ad
æstimationem quanti plurimi inter-
pellatus tenetur, *d. l. sciendum, l. sed et-*
si, cum l. seq. ff. de vsur. l. quod te, vbi Dd.
ac præ cæteris Ripa n. 55. cum multis seqq.
Alciat. num. 32. dicens omnes *id annota-*
re Bologn. n. 26. & 29. Donell. num 9. ff. si
cer. pet. Alber. in l. si decesserit, num. 2. ff.
qui satisd. cog. Fulgos. in l. opus, num. 3. ff.
loca. Salic. in l. cum quidam, n. 3. C. de con-
dit. insert. Donell. in l. si ex legati, nu. 9. ff.
de verb. obl. Afflic. decis. 150. nu. 32. Boer.
decis. 68. nu. 3. Bauer. de mora, p. 1. n. 24.
25. & 26. Natta cons. 599. nu. 1. & 2. lib. 3.
Crauet. cons. 837. n. 17. & 18. lib. 5. plures
allegans, Sebast. Medic. de fortuitis casib.
p. 2. q. 12. n. 28. Canalc. de tut. & cur. nu.
237. Menoch. de arbit. iud. lib. 2. casu 220.
nu. 48. & sequent. Iusta namque caussa
culpam excludit, *l. pecunia, §. vsurar. l.*
cum quidam, §. si pupillo, d. l. sciendum,
& d. l.

& d. l. sed et si, cum l. seq. ff. de usur. sine qua mora non committitur, vt sæpissime dictum. Veruntamen obstare videntur, quæ supra ampliatione nona de debitore non extante sive justis de caussis absente dicta fuere, quod mora interim contrahatur, dummodo creditor loco interpellationis contestetur. cum quidem vix ambigendum videatur, justam hic subesse dilatæ solutionis caussam. Sed observandum, hoc quoq; casu culpam præsupponi nonnullam, qua plerumq; debitor istiusmodi non omnino careat. Sive enim tempore contestationis nõ fuerit debitor, est quod imputet sibi hæres, cur non citius adierit: sive juste abfuerit, imputare sibi debebit, cur non alicui mandauerit, vt interim creditori debitum exigenti solueret, cum præsertim tam hæres postea succedens, quam absens sciuerit, vel certe scire debuerit, creditorem absente vel non existente debitore, contestationem loco interpellationis substituere posse, qua mediante mora contrahatur, *fac. in simili l. si quis inquilinos, §. 1. ff. de lega. 1. l. si hæres, 63. ff. de lega. 2. l. si seruum, §. de illo, ff. de verb. oblig.* Non est ea quidem lata culpa: Plus dico, nonnunquam etiam leuis censeri nequit: nihilominus committendæ moræ sufficit, vtcunque leuissima tantum sit, modo caussæ sive contractus, ex quo debetur sive petitur, ea natura sit, vt debitor de culpa quoque leuissima teneatur. Quod enim alias in genere de varia culpæ præstatione pro diuersa caussarum contractuumque natura traditum reperitur, vt quandoque de lata tantum, sæpius de leui, lataq;, nonnunquam de leuissima debitor teneatur, *l. contractus, vbi Dd. ff. de regul. jur.* idipsum etiam in culpa moram inducente sive constituente procedere videtur, vt quibus in casibus debitor de lata tantum culpa tenetur, non nisi latâ culpâ mora committatur: quibus de leui quoq; tenetur, leuis moræ committendæ culpa sufficiat: vbi vero leuissima etiam culpa præstanda venit, leuissimâ quoq; culpa mora contrahatur, *vt præ cæteris tradit Bolognet. in d. l. quod te, nu. 25. vers. vnde depositarius, n. 29. & n. 77. ff. si cert. pet.*

Limit. 8. In obligatione jurejurando firmata, quæ propter interveniens juramentum in mora neminem constituit, eoque nec æstimationi quanti plurimi locum facit, *Alexan. in l. quod te, num. 8. vbi Bolognet. num. 61. dicens in puncto juris* veriorem & æquiorem, *Curt. Iun. num. 24. & 25. Camil. Plantius, lib. 4. num. 42. ff. si cert. pet. Aretin. in l. si seruus communis, in fin. pr. ff. de vulg. & pup. Socin. in l. 2. §. fin. ff. solut. matr. Gomez. in §. item si quis postulante, instit. de act. Bauer. de mora, p. 2. num. 20. 21. 22. & 23. Andr. Fachin. lib. 3. controuers. c. 95. Ferret. de mora, num. 10.* Quæ sententia probatur primò *per text. c. 1. §. licet, si de feud. defunct. sit contrar. inter domin. & agnat. vas.* vbi vasallus quantumvis ad servitia sese mediante fidelitatis juramento astrinxerit, non incurrit moram, non offerendo seruitium domino, quantocunq; tempore steterit, dummodo petenti domino seruire paratus sit. Ac licet contrariæ sententiæ propugnatores, respondeant, id visuvenire, quia nominatim sub ea conditione, si fuerit requisitus, jurauerit, *per c. 1. vers. & si sciuero, de noua form. fidelit.* tamen illa conditio saltem refertur ad consilium dandum, & auxilium præstandum domino juste aliquem offensuro, prout liquet ex contextu *d. vers. & si sciuero, & vers. & si consilium:* reliqua vero servitia simpliciter & sine adjectione dictæ conditionis promittuntur, quæ cum nec ipsa citra interpellationem esse præstanda, dubium nemini sit, manifeste liquet, nostram limitationem ex *d. §. licet,* generaliter & indistincte quibusvis de servitijs agente aperte confirmari: sicut etiam secundo ex *c. breui, de jurejur.* quo cum statuatur, jurantem alicuius Ecclesiæ jura seruare, proque posse defendere, si necessitate imminente requisitus appellauerit, non 71

non existente difficultate propter quam Ecclesiæ subvenire non posſit, perjurij culpa irretiri, sequitur a contrario sensu, eundem si non requisitus Ecclesiam, cui subvenire poterat, defendere neglexerit, perjurij culpam sive moram culpata defensionis omisſione perjurium inducentem non incurrere. Nec dici poteſt, requisitionem illic abundantioris cautelæ gratia fuiſſe factam, & in facti modo specie, non autem, vt neceſſariam, proponi, siquidem in facti specie non simpliciter, sed in modum conditionis recenſetur, quæ neceſſario quid, non abundantioris modo cautelæ gratia fieri conuincit, *l. Mantus, ff. de cond. & dem. l. prætor, in pr. ff. de colla. bonor. Dec. consil. 11.* insuper etiam in ipsa decisione ſub finem *d. c.* requisitio repetitur, quod minime factum fuiſſet, si non eſſet ea inducendæ moræ sive culpæ perjurij neceſſaria, vel ad propositæ dubitationis determinationem nequicquam pertineret, saltem in facti contingentia eueniſſet. Tertiò, quia cuiuslibet obligationis puræ ea eſt natura, vt impune solutio differatur, donec à debitore creditor interpelletur, *l. Titia textores, in fin. ff. de lega. 1. l. si ex legati, ff. de verbor. oblig. cum simil.* Iuramentum vero secundum naturam obligationis, super qua interponitur, regulari & intelligi debet, *l. fin. C. de non nu. pecu. Guido Pap. decis. 90. Gaill. lib. 2. obs. 69. nu. 5. & alij paſsim.* Ac licet poſt *Claudium de Seyſell. in l. non solum, §. morte, ff. de noui oper. nunc. Caccheranus decis. 49. n. 9.* respondeat, moram committi demum per interpellationem, non respicere naturam contractus, sed eſſe quoddam accidens extrinsecum, cum quidem juramentum saltem secundum primordialem & originatiam diſpositionis sive obligationis, cui apponitur, naturam reguletur, non autem secundum accidentalem, *vti censuit Aretin. in c. 1. vbi Dec. de judic. Ripa in l. si insulam, num. 91. ff. de verb. oblig. Seyſell. & Caccher. lo. rel.* tamen interpellatio sive petitio, cuius neceſſarium & immediatum consequens eſt mora, non tam ex accidenti videtur superuenire, quam primordialem puræ obligationis naturam concernere atq; denotare, cum ea paſsim in deſcriptione puræ obligationis aſsignetur, vt quæ præ cæteris omnibus maxime faciat ad exprimendam atq; declarandam puræ obligationis naturam, & eandem ab obligatione conditionali & in diem euidentiſsime diſtinguat, *§. omnis, inſt. de verb. oblig. l. cedere, ff. de verb. sign. l. nihil peti, ff. de reg. jur.* Ac si maxime foret accidens modo, tamen cum juramentum non niſi robur obligationi ſuos intra limites manenti addat, *Bald. consil. 346. super eo, lib. 3. Natta consil. 180. n. 9. tom. 1.* jurisq; vinculo religionis vinculum annectat, *Ripa in l. si vnquam, n. 7. C. de reuoc. dona. Couarr. ad c. quamvis, p. 1. §. 4. nu. 1.* & obligatum firmius aſtringat ad obſeruantiam, metuq; perjurij officium facere cogat, ne quidem accidentalem obligationis naturam immutat, niſi quatenus huic effectui sive confirmationi refragari vel obſtare dignoſcitur, cui certe neceſsitas interpellandi creditoribus incumbens in rei veritate nihil aduerſatur, cum æque firmiter qui citra interpellationem, quam qui requisitus demum ſatisfacere tenetur, ad obſeruantiam ſit aſtrictus. Quartò; In obligatione pura vel conditionis euentu purificata tacita cenſetur ineſſe conditio quo ad obtinendam solutionem vel inducendam moram, si debitor interpellatus sive requisitus fuerit, *l. mora, ff. de vſur. l. Titia textores, in fin. ff. de lega. 1. l. si ex legati, ff. de verb. oblig. & simil.* Iuramentum vero recipit omnes conditiones sive tacitas, sive expreſſas, quas recipit obligatio, cui adijcitur, *l. fin. C. de non nu. pec. c. 3. c. veniens, c. Quintauallis, c. quemadmodum, de jureiur. Oldrad. consil. 238. Dec. in l. 2. §. creditum, n. 38. ff. si cert. petat. Ripa in l. si vnquam, nu. 5. C. de reuoc. don. Iaſ. in l. si insulam, n. 35. vbi Bolognet. n. 224. & 230. ff. de verb. oblig. Couar. d. §. 4. n. 1.* Igitur etiam conditionem, si requisitus erit, recipiat neceſſe eſt: quod

quod argumentum pluribus deducit *Bolognet. d. l. quod te, num. 61.* Quintò: Iuramentum non ampliat nec auget obligationem vltra consensum, *Bart. in l. si quis pro eo, in fin. ff. de fidejuss. Ripa in l. si vnquam, num. 5. & seqq. C. de reuoc. donat.* nec nisi ad ea, super quibus est interpositum, porrigitur, *d. c. veniens, & d. c. Quintanal. vbi gl. verbo, praestitisset, de jureiu. c. 2. derenunc. Guid. Pap. decis. 199. numer. 3. Gaill. lib. 1. obseru. 22. nu. 6.* quod tamen fieri necesse foret, si propter juramentum debitor citra interpellationem in continenti vel vbi creditorem indigere cognouerit, satisfacere teneretur, cum constet, in obligatione nullum satisfactioni tempus esse destinatum, & isthaec duo sint maxime diuersa, dari fierive quid promissum esse, & hoc aut illo tempore dari fierive oportere, *tex. in l. Celsus, §. 1. ff. de recep. arb.* Denique sexto, regula juris est, pure vel conditionaliter obligatum in mora non constitui sine interpellatione, *d. l. mora, d. l. si ex legati, cum simil.* à qua cum in jure nullibi reperiatur exceptus casus noster, cum quis juratò promisit, vtique regulae standum erit, *l. ab ea parte, ff. de probat. l. suus quoque, ff. de hered. instit. Late Ias. in l. 2. num. 33. ff. si quis in jus voc. non*
72 *jer.* Contrariam † tamen sententiam quod juramentum vim continuae interpellationis habeat, eoque debitorem aliter non interpellatum in mora constituat, *tenet Specul. t. de aduocato, §. 1. vers. sed nunquid is qui jurauit, Ioa. Andr. in c. breui, vbi Ioan. de Imol. & Panorm. num. 5. de jureiu. Ias. post alios in d. l. quod te, num. 22. & seqq. vbi Dec. num. 11. dicens ita* communiter *Dd. tenere, Alciat. num. 41. dicens* receptiorem, *Loriot. num. 15. ff. si cert. pet. Claud. de Seyssell. in l. non solum, §. morte, col. 16. ff. de noui oper. nunc. Ripa in l. 4. §. Cato, nu. 39. & in l. si insulam, num. 91. ff. de verbor. oblig. & respons. 199. num. 1. sub tit. de don. quae sub mod. Corsetus de virt. jur. priuil. 4. Couarr. lib. 3. var. resol. c. 17. num. 5. qui testatur, eam esse* frequentiori omnium consensu receptam, *Villalob. lib. commun. opin. verbo interpellatio, num. 90. Eman. Soar. d. verb. num. 164. Cacheran. decis. 49. n. 7. & 9. Tessaur. decis. 114. n. 6. & decis. 179. nu. 6. Menoch. de arb. judic. lib. 2. casu 220. num. 22. Schrad. de feud. p. 10. sect. 3. nu. 5. Ioan. Guterius de contractib. juratis, c. 56. num. 12. & consulendo sequuntur Gezad. consil. 27. consil. 31. & consil. 57. num. 11. Curt. Iun. consil. 74. Cravet. consil. 57. num. 2. consil. 64. n. 2. vol. 1. Natta consil. 262. num. 20. tom. 2. Rolan. à Valle consil. 77. lib. 1. plures allegat,* magisque communem *dicit Gabr. Roman. lib. 2. commun. concl. 1. de jurei. concl. 2.* & in practica durum esset contra eam obtinere, *secundum Bolognet. in d. l. quod te, num. 61.* licet fundamenta, quibus ea niti videtur, admodum fragilia sint. Primum & praecipuum est, quod juramentum quotidie vrgeat & instiget jurantem, vt promissa obseruet, sibique à perjurij reatu caueat, & istud religionis vinculum conscientiae stimulus esse debeat, vt quamprimum fidem absoluat, creditori satisfaciat, *arg. c. querelam, de jurejur.* Verum vt vt concedamus, juramento magis debitorem commoueri ad obseruantiam contractus, quam simplici promissione, inde tamen haud sequitur, eum propterea non esse interpellandum de soluendo, citraque requisitionem in mora constitui. Homines enim integritatis & virtutis amantes tam commouentur ad obseruantiam sponsione semel interposita, fideque sine juramento data, quantum alij vix juramento promoueri videntur, nec tamen vllus dubitat, illos etiam tum esse interpellandos. Neque vero purae obligationis obseruantia, ad quam juratò sese debitor astrinxit, in eo consistit, vt primo quoque tempore soluatur, (id enim à contrahentibus nec dictum nec tacite actum intelligitur) sed vt solvatur, quam primum requisitio facta fuerit, vt ex tot legibus interpellationis necessitatem astruentibus, abunde liquet: proinde juramentum debitorem ad hoc potius, quam ad illud vrget atque stimulat.

Alle-

Allegatum vero *c. querelam*, nihil minus probat, quam quod juramentum vim interpellationis habeat: Etsi namque Pontifex non meminerit interpellationis, vicissim tamen obseruandum erat, eum non negare, interpellationem interuenisse, potius etiam non obscure presupponere, quando verbo cessandi moram asstruit, quæ interpellationem prærequirit. Quanquam non desunt, qui in promissionib. annuarum præstationum lapsu cuiusuis anni moram induci statuant, secundum quos multo minus pro sententiæ communis confirmatione *d. c.* facere videtur. Secundò adducitur decisio *Bald. in d. c. querelam*, tenentis, quod conductor, qui juraverat soluere pensionem, cessando per annum cadit à jure suo propter juramentum: *sequitur Alex. cons. 73. lib. 1. Jas. in d. l. quodte, nu. 22.* Sed prætérquam quod isthæc decisio peræque vel magis ambigua sit, concernit ipsa quoq; obligationem annuæ præstationis, in qua, cum plurimi sint, qui statuant, lapsu cuiuslibet anni moram induci, periurium eo ipso committere conductorem, adeoq; non immerito priuari jure suo, Bald. & reliqui censuerunt. Atqui contrarium, nempe moram in stipulatione annua lapsu anni minime contrahi defendimus exerc. præced. *lim. 2.* Tertio probatur: Is qui promittit facere & curare, ipso jure constituitur in mora, quia intelligitur, quam primum potest, *Bald. in c. 1. §. ad hoc, hic fin. lex. Dd. in d. l. quod te, ff. si cer. pet. & est* communis opinio *teste Crau. cons. 64. nu. 1. cons. 192. n. 17. cons. 246. num. 1. cons. 272. num. 10. Menoch. de arb. jud. lib. 2. casu 220. nume. 20.* Sed in juramento intelligitur quis promittere se facturum & curaturum, *gl. fin. in c. ex rescr. vbi Abbas, de jureiu. Bald. in l. final. C. de non nu. pec. Raphael Cum. Roman. in l. stip. ista, in pr. ubi Alex. num. 4. ff. de verb. obl. Ang. & Joan. de Im. in l. inter stip. in princ. ff. d. titul. Bald. in l. si quis pro eo, ff. de fideiuss. Gomez. to. 2. var. resol. c. 10. de indiu. numer. 23. Roll. à Valle cons. 6. nu. 33. lib. 1. Ioan. Guterius contrac. jurat. c. 44. num. 3. dicens hoc modernos communiter tenere, per c. ex literis, 10. de sponsal. & matrimon.* Ergò jurans in mora citra requisitionem constituitur: *Ita Ias. argumentatur in d. l. quod te, nu. 23.* Verum priorem propositionem controuersia non carere, patet ex traditis *per Aretin. cons. 72. c. in d. l. quod te, & ibi Bol. n. 62. Ferret. de mora, num. 10. vers. tertius, qui dicit esse crebrius à sententia Baldi descitum, nec non Bauerium de mora, pa. 2. nume. 17. 18. & 19. late contrarium probantem*, & posteriorem in alieni demum facti promissione jurata procedere, liquet *ex d. c. ex literis*, secundum quod illa glossæ Baldiq;, nec non reliquorum Dd. quorum pleriq; facti alieni expresse meminerunt, assertio omnimodo venit intelligenda, *Bart. in l. non solum, §. si liberationis, ff. de lib. lega. Alex. cons. 45. num. 3. vol. 6. Paris. cons. 71. num. 12. vol. 3. Hip. Riminal. §. 1. num. 36. insti. quib. alie. lic.* Quarto: Iuramentum vim habet litis contestationis, *Bart. in l. nam & postea, §. si is qui temporali, vbi reliqui Dd. ff. de jureiu.* & per litis contestationem debitor in mora constituitur, *l. si in Asia, §. vlt. ff. depos.* Igitur & per juramentum. Atqui vim litis contestationis habet juramentum solummodo litis decisiuum, siue sit extrajudiciale, siue judiciale, quod est à præsenti disceptatione prorsus alienum: non autem promissorium, siue contractus confirmatorium, de quo solo hic agitur, vt recte respondit *Bolog. in d. l. quod te. n. 61. & tradiderunt Ias. in l. si pecuniam, in prin. nu. 23. ff. de condic. caus. dat. Dec. in c. 1. de judic. Ripa in l. si insulam, num. 90. ff. de ver. obli.* Similiter euitari potest *l. eum qui, §. si jurauero, ff. de jureiu.* quia loquitur in juramento assertorio à parte parti delato, siue litis decisiuo. Quanquam si textus diligentius inspiciatur, magis pro sententiæ verioris, quam cõmunioris confirmatione faciat. Quod enim pro regula traditur illic, æstimationem Stichi non amplius in rerum natura existentis, quem sibi quis dari oportere jurauit, á reo non esse præstandam, eo ipso clare denotatur, juramentum in mora minime constitu-

ere, cum alioqui necesse foret, obligationem perpetuari, & æstimationem deberi, *l. in re furtiua, & l. fin. ff. de condic. furt. cum simil.* idemq; clarius denotatur, dum casus moræ nominatim excipitur: quæ quidem exceptio foret inepta, regulamq; cui subijcitur, plane destrueret, si regulariter siue semper iuramentum, de quo illic agitur, 73 in mora constitueret. Quæ † cum ita sese habeant, communis opinio saltē eo casu procedere posse videtur, quādo iurans nouit, creditorem in summa necessitate constitutum, re debita quam maxime indigere, præpediri tamen, quo minus possit interpellare, *vt post Bauer. de mora, p. 2, n. 23. tenet Bolognet. in d. l. quod te, n. 6.* per tex. *d. c. 1. §. licet, si de feu. defunct. cont. sit inter do. & agn. c. 1. §. adhoc, hic fin. lex.* vbi vasallus viro auxilium domino præbere tenetur, quem scit obsideri, vel in alio vitæ discrimine, aut extremo fortunarum amittendarum periculo versari; hoc enim cum procedat in vasallo, qui iurauit sub expressa conditione, si fuerit requisitus, multo magis in eo, qui simpliciter iurauit, aliquid sese daturum, facturum, præsumtiue saltem tacitam requisitionis conditionem simul inclusisse intelligitur, procedere debebit. Accedit, quod interpellatio potissimū eo fine requiritur, vt de voluntate creditoris solui sibi cupientis debitori cōstet, qua de causa etiam interpellatio sine verbis incitatorijs facta sufficit, vt ostensū ampl. 7. Vnde cum in proposito voluntas creditoris debitori nota sit, & concurrat impedimentū, ne denunciari queat, pariterq; iuramentum tanto magis vrgens atq; instigans ad satisfaciendum; quanto certius nouit iurans, creditorem in tanta necessitate constitutum interpellare vix posse, sollicite tamen interea solutionem expectare mirum non est, iuramentum tali casu quandam interpellationis vim habere, iurantemq; non vltro satisfacientem incurrere moram, *per d. §. licet, & d. § adhoc.*

74 Limit. 9. Cum quid iure actionis peti nequit, officio saltem iudicis adiudicandum venit, interpellatione extraiudiciali nec mora inducitur, nec ad illius tempus æstimatio reducitur, *Ita Bart. in l. 1, n. 10. vbi Bal. nu. 4. Castr. n. 2. Ias. n. 8. Dec. n. 31. Curt. nu. 76.* communem *dicens, Cagnol. nu. 68. Bolognet. n. 53. ff. de iurisd. Cyn. in l. 1. C. de alie. iud. mut. caus. Bart. in l. vbi, §. is autem, vbi Castr. n. 3, Ias. nu. 4. ff. de eden. Castr. in l. qui per collus. §. pretij, nu. 4. ff. de act. emt. Bart. in l. cum postulassem, in princ. ubi Io. de Imol. & reliqui, ff. de dam. infec. Ias. in l. vinum, num. 15. vbi Alciat. n. 52. Dec. num. 14. Anton. Rub. num. 169.* communem *dicens, ff. si cert. pet. Iason in l. quod te, num. 21. vbi Lanfr. num. 14. ff. d. t. Zas. in l. si ex legati, num. 12. ff. de verb. obli. Gomez. in § omnium, n. 31. inst. de act. Ferret. de mora, num. 25. Bauer. de mora, p. 1. n. 10. Saporta de mora, c. 2. nu. 37. Ruin. consil. 185. num. 8. vol. 2. Ioan. Guterius de contract. iurat. c. 56. num. 9. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 1070. n. 15.* Probatur hæc sententia rationibus ijsdem, quibus diem in debitis officio tantum iudicis non interpellare, exerc. præced. lim. 9. ostensum fuit, dummodo pro tacita interpellatione diei expressa hominis interpellatio substituatur. Præterea tex. est not. *in l. cum postulassem, 44. ff. de dam. infec.* vbi extra iudicium interpellatus, vt damni infecti promitteret, cauere noluit, ac prius quam prætoris imploraretur officium, ędes interpellati corruerunt, damnumq; interpellanti dederunt: respondit Africanus, esse potius, vt nihil noui prætor constituere debeat, & interpellans culpa sua damnum sit passus, qui tardius experiri cœperit. Quare negat aperte moram, quæ si fuisset per interpellationem extraiudicialem inducta, damnum interpellanti ruina vicinarum ædium postea datum, foret omnimodo resarciendum, *l. si ex legati, 23. l. nemo, 52. §. vlt. l. si seruum, 91. ff. de verbor. obligat. cum simil.* Hisce † tamen haud obstantibus *Bolognet. in d. l. vin. nu. 48.* etsi communiter 75 *Dd. ibid. & in l. 1. ff. de iurisd.* ita tenere testetur, contrarium defendere nititur,

titur, cum *per tex. l. filius, §. vlt. ff. de coll. dot.* vbi a filia, quæ soluto matrimonio dotem conferre debuit, mora collationi facta perhibetur, cum tamē secundum omnes filia non nisi judicis officio nobili teneatur ad conferendum, *vt not. in l. si soror, C. de collat.* tum etiam, quia in sententia siue obligatione eius constituitur mora per lapsum quatuor mensium datorum judicatis, *l. in fideicommissi, ff. de vsur. Bar. in l. 3. §. in hac, ff. commod.* & tamen executio sententiæ fit per officium judicis nobile, *l. 4. §. ait prætor, cum §. seq. & ibi not. ff. de re judic.* Fundamenta vero sententię communis vult euitare dicendo. In ijs modo, quæ expediuntur à solo judice, nec requirunt factum alterius partis, obligationem non subesse: in quibus autem aliquid est explicandum à parte mediante officio judicis, subesse quandam obligationem à lege inductam, quæ sit efficax, & officium judicis tunc appellari actionem in genere, in qua mora committi possit: Et ad *tex. d. l. cum postulass.* respondet, eum non de mora, sed contumacia loqui, eoq; non esse mirum, per postulationem extraiudicialem non posse habere effectum edictum prætoris, quia per illam non inducitur contumacia. Verum ista nullo negotio dilui possunt. Textus enim *d. l. filius, §. vlt.* etsi morā collationi factam asserat, tamen de mora loquitur impropriè sic dicta, quæ re ipsa censetur induci, saltem quoad fructus & vsuras, *vt sensit etjam Saporta de mora, c. 2. n. 39.* ne quis & pecunia debita fruatur, & rei quoq;, pro qua soluendum erat, fructus lucretur, *l. 2. C. de vsur. l. curabit, C. de act. emt. l. Iul. § ex vendito, ff. d. t.* Id enim duplex a Papiniano ratio subiecta euincit, quando vsuras conferre filiam oportere propterea contendit ICtus, quod & emancipatus frater fructus confert, & ipsa suæ portionis fructus consequatur. Eam vero non minus in his, quæ officio judicis, quā quæ jure actionis debentur, habere locum, omnes agnoscunt, traditq; prę cæteris *Bald. in l. si soror, C. de collat.* & suadet euidens ratio, cum sit æquissimum, vt is qui fructus rei etiam pro tempore anteriore percipit, pecuniæ pro ea vicissim debitæ, sed nondum solutæ vsuras pro eodem tempore præstet. Vt vt enim ea pecunia non sit in obligatione, sed officio demum judicis adiudicanda, & solutio iniungenda veniat, non tamen id prohibet, quo minus fructuum, quos pecuniæ debitor percipit, ratio efficiat, vt judicis officio vltra pecuniam principaliter præstandam, vsuræ quoq; debeantur, *d. l. curabit, d. §. ex vendito.* Neq; tali casu obstant fundamenta sententiæ communis, quæ de mora loquuntur vera, pręsupponente debitoris nō soluentis culpam, qualis in eum, qui fructus percipit, nondum interpellatum, vel eum, qui saltem officio judicis debet, quantumvis extraiudicialiter interpellatum minime cadere dignoscitur. Perperam igitur Bolognetus ex eo, quod huiusmodi mora impropria, siue, vt vulgo nuncupatur, irregularis, in his quæ officio iudicis debentur, locum habet, infert, etiam veram moram in iis per interpellationem extraiudicialem vel diei lapsum induci, cum in separatis mala sit illatio, & ratio diuersitatis è prædictis liquido pateat. Nec est necesse asserere, speciale esse in casu collationis, vt mora implemento partis vnius producatur, cum idem generaliter obtinere videatur, quotiescunq; impletur ab vna parte, ab altera saltem officio judicis debetur, quod in debitis officio judicis non minus, quam indeductis in obligationē, ratio fructuū, qui per debitorem ex re percipiuntur, vsuris pecuniæ nondum datæ locum omnimodo faciat, *d. l. curabit.* Vt omittam, propter istiusmodi moram neminem de periculo interitus, aut ad æstimationem quanti plurimi, de qua nobis hęc est instituta disceptatio, teneri, per ea quæ exerc. 10. amp. 5. dicta fuerunt. Quin etiam responderi nō incōmode potest, tex. *d. l. fil. §. ult.* asserere quidem, moram collationi factā esse,

non

non tamen judicare, quo sit modo facta: cumq; moræ vocabulum eo loci proprie accipiendum esse, contendat *Bolognet. in l. 1. n. 53. ff. de jurisd.* & ex *d. l. cum postulassem, in pr.* & fundamentis sententiæ communis constet, moram in his, super quibus officium judicis implorari necesse est, non fieri, nisi judex aditus fuerit, consequens esse, moram illic esse factam, postquam judex fuit aditus, cum quoties in lege commemoratur, quid factum esse, omnia facto commemorato necessaria interuenisse præsupponantur, *l. qui testamento, in pr. ff. de testam. Hart. Pist. lib. 1. quæst. 38. n. 22.* Ac licet *Bolognet. in d. l. 1. n. 53. & in d. l. vin. n. 48.* excipiat, reum post decretum judicis non satisfacientem non moram, sed contumaciam committere, tamen post decretum sive sententiam non minus quam ante reuera proprieq; moram committi, clare liquet ex *l. qui solidum, §. etiam respub. ff. de lega. 2.* & responso Papiniani *in l. in fideicommissi, ff. de vsur.* quod etsi Bolognet. pro sese adducat, tamen exerc. præced. lim. 9. luculenter ei responsum fuit. Quod autem officio judicis obligationem legalem subesse comminiscitur, aperte refragatur *l. qui per collusionem, ff. de act. emt. l. Quinto, ff. de ann. lega. l. deducta, 58. in pr. ff. ad Trebell. l. quaro, ff. loca. l. hareditas, de petit. hær.* quas etsi conatur euitare, sic eas interpretando, quasi negent, eam saltem obligationem, quæ ex promissione sive contractu nascitur, tamen ista restrictio refutatur euidenter per *d. l. Quintus*, vbi aliquoties vniuersaliter perhibetur, nullam esse obligationem in his quæ judicis interuentu ad effectum perduci debent. Sed & contradicit *l. vn. ff. de condic. ex leg.* qua ex obligatione per legem inducta, vel eo genere actionis, quod in lege fuit expressum, vel si genus actionis expressum non sit, actione sive condictione ex lege experiri jubemur. Vnde si in debitis officio judicis lex obligationem introduxisset, semper actio proprie sic dicta, sive condictio pro eis competeret, nec extraordinariæ persecutioni sive implorationi mercenarii vel nobilis officij judicis locus esset, quod est absurdum, totiq; tit. *ff. de var. & extraor. cognit.* è diametro repugnat. Quod si forte Bolognetus vocabulo legis non jus ciuile, sed prætorium intellexit, nihilo magis releuatur, cum quoties prætor edicto suo introducit obligationem, non minus ea quam ciuilis, producat actionem, nō quidem ciuilem, attamen prætoriam, *l. 1. ff. de dolo, l. 1. §. vlt. ff. de constit. pecu. cum simil.* Et quorsum prætor parti denegaret actionem, si tam prætorio quam naturali jure pars altera foret efficaciter obligata? Quorsum potestati suæ reseruaret extraordinaria cognitione determinandum, si jam ante necessitati juris id subjecisset? Quorsum à parte voluisset implorari, vt ex officio decerneret, imploranti quod ab altera parte præstandum esse, si petitor obligationis jure aduersarium firmiter haberet obstrictum? Quorsum deniq; stipulationes in his, quæ depēdent ex officio suo, plerumq; juberet interponi prætorias, si non modo naturali, sed & prætoria obligatione parti prospectum esset? An vero qui cum minore contraxit, firma obligatione ad infirmandū contractum cum ipso initum, adeoq; ad restituendū, quicquid ad eum hoc nomine peruenit, minori obstrictus erit, priusquam prætor extra ordinem caussa cognita, minorem in integrum restituerit, cum potius antecedens dispositio sive contractus validus efficaciter ipsum & inprimis etiam minorem ad omnimodam sui obseruantiam astringat, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecu. junc. l. in caussa, 16. ff. de minor.* Quo magis absurdum fuerit opinari, contrahentem cum minore, si ab eodem extra judicium interpelletur ad restituendum, quod vigore præuiæ dispositionis sive contractus à minore adipsum peruenit, incurrere moram antequam implorato judicis officio restitutio in integrum petita, nedum decreta fuerit, cum præsertim repugnent leges, in quibus necessitas reddendi quod

percepit contrahens, manifeste refertur ad tempus indultæ restitutionis in integrum, adeoq; jussus prætoris prærequiritur, *l. quod si minor, §. restitutio, l. patri, §. 1. ff. de minor.* Id quidem non inficior, vel æquitatem vel obligationem naturalem his quæ judicis officio debentur, subesse, *l. cum quis, §. si quis pro reo, ff. de solut. juncta l. stipulatus, 6. sub fin. ff. de fi. eiuss.* Insuper etiam parti nonnihil juris esse quæsitũ, quatenus quod per sese directo consequi minime potest, saltem per indirectum officio judicis tandem consequi valet, *l. in bonæ fidei, C. quib. ex causs. maior. l. in caussæ, 16. l. quod si minor, §. vlt. ff. de minor.* qua de caussa, cuiusve respectu obligationem quandam, sed impropriè largoque modo sic dictam subesse plerių; libenter admittunt, *gl. in l. si seruum, §. vlt. vbi Ang. Ioan. de Imol. n. 9. Alex. nu. 5. & reliqui, ff. de verb. obli. Bartol. in l. Marcellus, nu. 4. ff. de fidejussor. & in l. vlt. ff. de injur. Bald. in l. fin. circa princ. C. de compensat. Ias. post alios in l. 1. n. 8. ff. de jurisd. & in §. superest, n. 62. & 63. inst. de act. Coler. de process. exec. p. 3. c. 5. nu. 7.* neutiquam tamen obligatio propriè sic dicta, quæ naturalis & ciuilis existens sit juris vinculum, quo quis alteri astringatur necessitate alicuius rei præstandæ secundum jura ciuitatis Romæ, quæq; per sese sit efficax ad exigendum, & habilis ad moram super ea contrahendam, subest, quicquid prætendat Bolognetus, cum, vt antedictum, non sit obstricta secundum jura ciuitatis Romanæ pars parti, sed officio demum judicis caussa extra ordinem cognita imploranti subueniatur, eiq; contra quem imploratum est præstandi necessitas imponatur, *d. l. Quintus, ff. de ann. lega. l. quæro, ff. locati, d. l. qui per collusionem, ff. de act. emt. l. cum quis, § si quis pro reo, ff. de solut. d. l. in bonæ fidei, C. quib. ex causs. majo. tradit. q. præ cæteris Longouall. in repet. l. imperium, p. 3. in pr. num. 2. ff. de jurisd.* Quod vero tex. *d. l. cum postulassem*, ad contumaciam restringit, loqui de mora negat, vanum est, cum moram tunc quoq; fieri constet, quando post sententiam sive decretum judicis cõdemnatus nõ satisfacit, *l. qui solidum, §. etiam respub. ff. de lega. 2. l. 1. si sic etc. in pr. ff. de vsur.* eoq; tam ob moram, quam ob contumaciam non cauentis missione in possessionem bonorum sit locus, *d. l. cum postulassem.* Ac si maxime concederetur, non nisi propter contumaciam esse locum missioni, nihilominus ei qui judicem adijt, & antequam decretũ de interpositione cautionis, vel missione in possessionem bonorum obtineret, ruina vicinarum ædium damnum passus est, de damno illato cauendum ac resarciendum esse, prætor decernere debebit, *vt est tex. not. in l. si finita, 15. §. eleganter, ff. de dam. infec.* eoq; nondum vlla commissa contumacia judicialiter conuentus, de damno tenetur: id quod etiam ex primo responso *d. l. cum postulassem*, colligere licet, saltem à contrario sensu, cum propterea damni resarcitionem recuperare nequeat secundum Africanum, quia prætorem non adeundo tardius experiri cœperit, ac proinde si mature, priusquam ædes vicinæ ruissent, prætorem adijsset, citius experiri cœpisset, damni resartionem ab aduersario judicialiter conuento cõsequi potuisset, etiamsi prius, quam decreuisset prætor, damnũ contigisset, *arg. a. l. cum postulassem.* Neq; † tamen silentio prætereundũ, quod ex *d. l. 3. in pr. ff. de vsur.* longe maior contra limitationem nostrã communiter approbatã difficultas suboriatur, quam Bolognetus nõ animaduertit. Loquitur enim de fideicomisso Papinianus, & euenire nõ facile posse ait, ut mora non præcedente ad judicẽ perueniatur, cum tamen testetur Vlpianus *in l. pecunia, 178. §. actionis, ff. de V. S.* pro fideicommissis extraordinarias persecutiones, quę nõ habeant juris ordinarii executionẽ, competere: quod etsi hodie non obtineat, *§. 1. inst. de lega.* inde tamen apparet, pro fideicommissis consequendis ICtorũ tempore judicis officiũ implorari necesse fuisse, prout etiam Papinianus innuit, quando persecutionis *in d. l. 3.* meminit, & Modestinus 76

stinus *in l. Titia, 34. §. Lucia, ff. de lega. 2.* vt proinde sententia communis Papiniani responso plane destrui videatur. Verum si diligentius inquiratur, non obscure patebit, etiam ante Iustinianum tempore ICtorum fideicommissa particularia iure actionis exigi, ac proinde moram, antequam ad judicem perveniretur, omnimodo recipere potuisse, *tex. in l. qui solitum, 78. §. prædium, l. Lucius, 88. §. quisquis mihi, l. testamento, 89. §. quatuor, ff. de lega. 3. l. si tibi, 10. l. si res, 24. ff. de lega. 3. l. si prolusorio, 14. §. vlt. ff. de appellat. l. si actionem, C. de pact. cum simil.* Nec dici potest, nomen actionis tot locis impropriè largaq; sui significatione vsurpari, vt extraordinariam quoq; fideicommissi complectatur persecutionem, quæ actionis instar obtineat, *l. actionis, 36. ff. de oblig. & act. l. pecunia, §. actionis, ff. de verb. sign.* cum regulariter à propria verbi significatione, quæ duntaxat actionum, in rem vel in personam genera continentur, *l. actionum, 24. ff. de obli. & act. d. l. pecunia, §. actionis*, minime sit recedendum, *l. non aliter, ff. de lega. 3.* insuper etiam in alijs textibus, puta *l. si alienus, 32. ff. de lega. 2. l. à patre, 4. ff. de lega. 3.* vtiles ex caussa fideicommissi statuantur actiones sortiri, persecutiones autem extraordinariæ nec vtiles nec directæ dici posse videantur, cum huiusmodi distinctio de ijs nusquam iure nostro prodita reperiatur, & vtilis ea nuncupetur actio, quæ propter aliquam vtilitatem ex æquitate supplendo quod legi deest, etiam eo casu, quo non competitura fuerat, indulgetur, *l. quia actionum, l. quoties, ff. de præscr. verb. l. 2. §. quanquam, ff. de aq. plu. arc.* id quod minime congruere videtur officio judicis principaliter implorando, quod suapte natura latissimum, nec ad casus determinatos restrictum tam in vno, quam altero casu, tam in expresso, quam in non expresso æquitatis vtrobiq; subsistentis, & juris æqualitatem flagitantis rationem habet, *l. 1. ff. de jurisd. l. non quicquid, ff. de judic. l. 1. & t. t. ff. de var. & extraor. cognit.* Deniq; manifeste colligitur ex *l. 1. C. commun. de lega.* vbi Iustinianus ex eo, quod pro legatis & fideicommissis ex æquo, sineq; distinctione actio ex testamento competat, infert esse commodissimum, vt pro ijs etiam rei vendicatio & hypothecaria concedatur, eoq; clare indicat, jamdudum actionem personalem ex testamento tam pro fideicommissis, quam pro legatis competijsse: quod cum Imperator non aliqua suorum antecessorum, qui ante suam, sed post ICtorum ætatem imperauerunt, constitutione introductum asserat, consequitur, idem juris tempore Papiniani, Vlpiani, aliorumve ICtorum viguisse. Quæ cum ita sese habeant in fideicommissis particularibus; sua sponte consequens est, *d. §. actionis*, quo fit mentio extraordinariarum fideicommissi prosecutionum, non esse vniuersaliter & indistincte omnibus de fideicommissis intelligendum, vti vniuersaliter ille textus quicquam asserit, quin potius per sese patet, cum nihil aliud importare, quam pro fideicommissis extraordinariam persecutionem institui, siue judicis officium implorari, quod est verissimum, sed tunc imploratur, quando nondum ordinario auxilio, videlicet actioni ex testamento locus est, nempe cum hæres grauatus recusat adire hæreditatem, nec enim actione vlla fideicommissarius eum, cui libera potestas est adeundi vel repudiandi alienam hæreditatem, cogere potest, vt adeat, sed jussu judicis erit tale quid injungatur necesse est, *§. 2. Inst. de fideic. hered. l. si quis omissa, vers. sed in fideicommissarijs, ff. si quis omiss. & passim in t. ff. ad Trebell. gl. in l. non est cogendus, ff. d. t. Angel. in l. sicut, C. de præscr. 30. vel 40. ann. Alex. in l. 1. vbi Ripa, n. 20. ff. de lega. 1.* Similiter vbi legatarius per fideicommissum grauatus restituere legatum abstinet, non quidem actionem aduersus eum, qui nihil ex testamento percepit, nec percipere voluit, habere videtur fideicommissarius, officio tamen judicis implorato poterit obtinere, vt legatari-

us actiones ei cedere cogatur, *l. Imperator, 70. ff. de lega. 2. l. si legatarius, 8. in pr. ff. de lega. 3.* Vt autem *in l. in fideicommissi, in pr. ff. de usur. & l. Titia, §. Lucia, ff. de lega. 2.* quibus etiam persecutionis fideicommissi fit mentio, intelligatur illa extra ordinaria persecutio, nulla necessitas vrget, cum constet persecutionis verbo sæpenumero actionem proprie fic dictam denotari, *l. filiofamil. 17. ff. de usu & hab. §. 1. inst. de act. l. nihil aliud, ff. de act. & oblig.* Verum enimvero, si maxime Papiniani tempore actio personalis ex testamento nondũ competijsset, attamen cum Vlpianꝰ ipse legatorum & fideicommissorum exæquationem per omnia testimonio suo confirmet, *l. 1. ff. de leg. 1.* liceret hinc cõijcere, fideicommissa tum alia desumtisse a natura legatorum, tum illud etiam, quod ad instar legatorum antequam ad judicem perveniatur, moram recipiant, *d. l. in*

77 *fideic.* Cœterum † huc vsq; dicta sine dubio quidem procedunt in his, quæ judicis officio nobili adjudicanda veniunt: in alijs, quę nõ nisi mercenario, vt vulgo nuncupant, judicis officio debentur, est res magis controversa. Quod enim in his per solam interpellationem extrajudicialem in mora constituatur debitor, & vt consequentis ad æstimationem quanti plurimi teneatur, censuerunt *Bald. in l. 1. n. 5. Ias. nu. 8. ff. de jurisd. Cyn. in l. 1. C. de alie. jud. mut. Lud. Rom. in l. 1. ff. de rec. arb. Ias. in l. vinum, n. 15. vbi Bologn. n. 45. ff. si cert. pet. Zas. in l. si ex legati, n. 13. ff. de ver. obli. Banur. de mora, p. 1. nu. 20.* cum post interpellationẽ fructus & vsuræ veniant, *l. in fideic. l. equis, l. cum quidam, §. ex locato, l. videamus generatim, ff. de usur. cum simil.* & accessiones imitentur naturã principalis, *c. accessorium, de reg. jur. in 6.* adeoq; mercenarium judicis officium videatur assumere fortiorem essentiam propter connexitatem, quam habet cum actione, quæ est jus formatum, *Bologn. in d. l. vin. n. 45.* Sed horum opinio tuta non est: Sive n. sentiunt, in debitis officio judicis mercenario moram induci per extrajudicialem petitionem debiti principalis, vt innuere videntur allegatione primæ rationis, defendi nulla ratione potest, moram quo ad illas etiam accessiones committi, cùm quo tempore extrajudicium fiebat interpellatio, nondum vllatenus eæ debitæ fuerint, nedum vna & eadẽ interpellatione cum principali debito petitæ fuerint, aut peti potuerint: vt proinde propter defectũ debiti non subsistentis, & interpellationis quoad accessiones moram deficere necesse sit, vel eo magis, quod alioqui debitor eodẽ momento & debere illas officio saltem judicis, & respectu earundem in mora esse incipere: id quod ratio juris aversatur, *l. rasũ, l. quod dicimus, ff. de solut.* Sive, quod magis reor, id volunt, postquam ob morã in debito principali commissam, quędam vltra illud officio judicis mercenario prestanda veniunt, puta, fructus & vsurę, moram in eis tum induci, cum deinceps pro ijs etiam nominatim extra judicium facta fuit interpellatio, nihil omnino iuuabit ipsos prima, cui potissimum innituntur, ratio, cum ex mora per interpellationẽ super debito principali extra judicium factam inducta, vsuræ quidem & fructus veniant, non tamen proptere a necesse sit in ijs quoq; moram indaci, quantumvis pro ijsdem peculiaris extra judiciũ instituatur interpellatio, vt in hoc æquiuocasse Dd. non abs re dixerit *Bolognet. in d. l. 1. n. 54. ff. de jurisd.* Nec releuabit altera, quandoquidem ratio diversitatis manifesta subest, propter quam accessiones principale nequeãt imitari, quia nempe non actionis jure, vt principale debitum, sed officio saltẽ judicis debentur, nec minus quam quæ judicis officio nobili adjudicantur, obligatione quam præsupponit mora per interpellationẽ extrajudicialem inducenda destituitur: Vti nec tertia quicquã proderit, cum prætensa connexitas tollere maximam diversitatis rationem inter accessiones & principale nequeat, id modo præstet, vt officio judicis earum ratio haberi possit in judicio

dicio de principali debito, cum quidem alioqui longe infirmioris, quam judicis officio nobili debita, sint conditionis, quippe super quibus officium judicis nec ante actionem debiti principalis institutam, nec post implorari potest, vt connexitas eis nō iam proficere, quam officere videatur.

78 Veriorem † igitur eorum esse arbitror sententiam, qui moram in debitis officio judicis mercenario per interpellationem extrajudicialē induci negant, *Dec. in d. l. vinum, n. 14. ff. si cer. pet. Curt. in l. 1. vbi Bologn. sibi contrarius, n. 54. ff. de jurisd. Lotot. in l. quod te, n. 14. ff. si cer. pet. & sensit Bald. ad rub. de offic. jud. nu. 7. & Alex. in l. diuortio, §. ob donationes, n. 6. ff. solut. matr. post gl. in l. hæres furiosi, §. vlt. vbi Castr. nu. 1. vers. potest dici, & in lect. Auenion ante n. vers. dic ergo, ff. de petit. hered.* Militant enim hîc eædem plane rationes, quæ in his, quæ judicis officio nobili debentur, vt cuivis eas rite perpendenti liquet: . vltra quas hîc aliæ non minoris ponderis accedunt. Indubitati namq; juris est, eorum quæ officio judicis mercenario debentur, vsuras nec peti posse, nec præstari oportere, ne quidem post litem super actione principali contestatam, nedum ante, *l. hæres furiosi, §. vlt. ff. de pet. hær. l. neq. ff. de vsur.* Vnde Baldus eum, qui ex re aliena fructus percepit atq; vendidit, ad vsuras illorum fructuum venditorum conveniri minime posse decidit *ad d. rubr. de offic. judic. n. 7. fac. tex. l. item verberatum, vers. nam etsi, ff. de rei vend. d. l. neq.* Atqui si mora induceretur in eis per interpellationem extrajudicialem, vsuræ debiti mercenario demum judicis officio consequendi præstandæ forent, *l. cum quidam, §. ex locato, l. mora, §. in bonæ fidei, l. vsuræ, ff. de vsur. cum simil.* quod cum sit contra manifestam juris dispositionem atque prohibitionem, consequitur, interpellatum extra judicium pro huiusmodi debitis moram non incurrere. Rursus certi juris est, conventionem, vt forte cum vsuris jure permissis debito tempore non soluta, grauiores vsuræ præstentur, non valere, quatenus legitimum modum vsurarum excedit, *tex. in l. pecuniæ fœnebris, l. cum quidam, in pr. l. placuit, ff. de vsur. l. cum allegas, C. d. t.* cum tamen dies æque vel magis, quam homo interpellet, *c. vlt. de loca.* & vsuræ in obligationem deductæ actionis jure debeantur, *l. centum Capuæ, ff. de eo quod cert. loc.* Quare multo minus interpellatio extrajudicialis valebit ad moram super vsuris similibusq; accessionibus inducendam, vt aliquid amplius vltra illas modum legitimum exæquantes præstandum veniat. Quod si mora super ijs per interpellationem extrajudicialem contraheretur, eoque præstari quid amplius oporteret, huius item nouæ accessionis præstationi mora fieret per interpellationē extrajudicialem, quam vlterior sequeretur accessio, & sic deinceps, vt nullus rei finis reperiretur, cum tamen & natura & jus progressum in infinitum quam maxime abhorreat, *l. si finita, §. illud quæritur, vers. cæterum, ff. de dam. infec.* Præterea debitum, quod judicialiter exigi nequit, multo minus extra judicium peti potest, quodq; peti nequit extra judicium, nec moram quidem extra judicium recipere potest, *l. si pupillus, ff. de verb. oblig.* Debita vero judicis officio mercenario nequeunt in judicio peti principali actione nondum intentata, *l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* Itaq; nec extra judicium peti, nec moram recipere poterunt ante litem super actione principali motam. Deniq; si principalis actio vel præscriptione tollatur vel sententia judicis in rem judicatam transeunte finiatur omissa debitarum officio judicis accessionum condemnatione, non potest amplius super eis moueri quæstio, nec officium judicis pro ijs etiamnum consequendis implorari, *l. in bonæ fidei, l. eos qui, 26. in pr. C. de vsur. l. si deposita, C. depos. l. terminato, C. de fruct. & lit. expen.* Id quod procul dubio foret absurdum, si essent vsq; adeo debitæ, vt mora super ijs dudū interpellatione inducta fuerit,

aut omnimodo committi potuerit, præsertim cum mora semel commissa efficiat, vt debitum sit perpetuum, ne motatot per interitum rei debitæ, nedum per omissionem in judicio factam a præstatione debiti sive satisfactione sit immunis, *l. si seruum, maxime in §. fin. ff. de verbor. oblig. cum simil.*

79 Hinc † vero consequitur, his quæ judicis officio mercenario debentur, sine culpa debitoris intereuntibus vel deterioribus factis, antequam sit lis de ijs, æque ipsum liberari ab eorum præstatione vel æstimatione quanti plurimi, quemadmodum interitu vel deterioratione rei principalis ante moram super ea commissam sine culpa sua contingente immunis esset à resartione, *l. is qui, 44. ff. de act. & obl. l. si ex legati, l. si seruum, ff. de verb. oblig. l si vt certo, §. quod vero, ff. commod. l. si vina, ff. de peric. & comm. rei vend. & simil.* vt in terminis decidit *Bologn. in d. l. 1. n. 54.* quamvis *in d. l. vin. n. 47.* in contrarium inclinans objiciat huic decisioni gl. *in § si quis à non dom. verb. fructus, inst. de rer. diuis. & in §. 1. inst. de offic. iudic.* quas dicit esse communiter approbatas. At §. vterq;, prout etiam materia, de qua vtrobiq; agitur, non obscure monstrat, eas, prout etiam reliquos Dd. ibidem, ijs loqui de fructibus, quos reus conuentus ob malam fidem suos facere nequit, eoq; vigore dominij penes actorem residentis, fiunt ipsius actoris, & consequenter actione in rem vendicari possunt, etjam percepti sunt à reo post litem contestatam, licet in judicio de re principali, horum quoq; condemnatio, ne sit opus peculiari processu, fiat officio mercenario judicis, cui statim atq; judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæ in judicio versantur, *d. §. item sciendum: patet ex traditis per Hart. Hartm. lib. 2. pract. obseru. t. 31. obser. 2.* Quinimo nominatim ambæ gl. præsupponunt, fructus de quibus agunt jure actionis exigi posse, dum distinguunt, vtrum extent, quo casu vendicari, an sint consumti, & tunc condictione peti queant; quę quidem condictio malam possidentis fidem prærequirere videtur, *l. n. 9. cor. ff. de vsur.* Ab his vero longe distant fructus, quorum dominium non est creditoris, sed debitoris, quiq; solo judicis officio mercenario deberi dignoscuntur. Deniq; loquuntur glossæ de consumtione, quæ cum per ipsum possessorem vel ipsius voluntate fiat, fructusq; in rem eius vertat, mirum non est, teneri de consumtis possessorem, quem alioqui tantundem de suo erogare sive consumere necesse fuisset, cum è diuerso disceptetur hic de peremtione & deterioratione sine culpa debitoris contingente, qualem eo loci neutra gl. respexit, nec si respexisset, teneri de ea debitorem vllatenus censuisset, *per prædicta.*

Limit. 10. in bonæ fidei possessore, qui per interpellationem extrajudicialem in mora minime constituitur, eoq; nec ad æstimationem quanti plurimi ab eo tempore tenetur: *Ita senserunt Bart. in l. alienam, nu. 2. & ibid. Joan. de Imol. nu. 1. & 2. Castr. nu. 2. ff. pro emt. Innoc. in c. dilecti, de maio. & obed. Bald. in l. si fundum, C. de rei vend. Ant. de Butr. in c. grauis, vbi Panor. de restit. spol. Panor. in c. 2. n. 9. & in c. 3. nu. 4. de præscr. Alex. in l. de pupillo, §. nunciationem, nu. 12. ff. de noui oper. nunc. Dec. in l. velle, n. 10. ff. de reg. jur. Balb. in l. Celsus, nu. 111. ff. de vsurp. & vsuc. Donell. in l. si ex legati, nu. 3. ff. de verb. oblig. Crauet. consil. 64 n. 76. & consil. 261. in fin. vol. 1. Mascar. de probat. vol. 2. concl. 1002. n. 41.* Etenim vnanimiter concludunt, interpellationem extrajudicialem bonæ fidei possessori factam non inducere malam fidem, *per tex. not. l. alienam, ff. pro emt.* & sine mala fide possessor, quippe nullo jure obligatus interpellanti ad rei restitutionem, *§. 1. inst. de act.* quiq; rem possessam esse suam, non alterius etiamnum credit, moram incurrere nequit. Nec enim per interpellatum videtur factum, quo minus rem restitueret, nisi aliqua justa caussa sit, propter quam intelligere deberet, se restituere oportere, *l. quod te, ff. si cer. pet.* Atqui caussa talis haudquaquam 80

est

est interpellatio extrajudicialis, cum
possessor nemini rem restituere tenea-
tur, nisi quem constat esse dominum,
l. res alienas, C. de rei vendic. & simplici
dicto interpellantis rem suo dominio
subjectam asserentis, minime stetur,
*arg. l. si quis infitiatus, vbi Bart. & Dd. ff.
depos. l. omnib. C. de testib. Bauer. de mora,
p. 1. n. 26.* sed probatio legitima requi-
ratur, *d. l. res alienas, & l. 2. C. de proba.*
Præterea non est in mora quisquis
ignorat, an vel quantum soluere de-
beat, *l. non potest videri, ff. de regul. jur.*
Quamdiu vero quis bona fide, quæ
ram post, quam ante simplicem inter-
pellationem extrajudicialem subesse
dignoscitur, possidet, tã diu ignorat,
esse rem alienam, dominoq; restituen-
dã, *arg. c. vlt. de præscr. & l. vn. vers. quod
& in reb. C. de vsuc. transf. & vtrobiq; not.
per Dd.* Adde quod bona fides, quo-
vsq; durat, possidenti tantundẽ præ-
stat, quantum veritas, *l. bona fides tan-
tundem, ff. de reg. iur.* vt interim loco do-
mini sit, & jure illius vtatur, *l. qui scit, ff.
de vsur. l. bonæ fidei, ff. de acqui. rer. do.* Ve-
rus autem dominus ab eo interpella-
tus, cui jure non est obligatus, incur-
rere moram nullo modo potest, eoq;
nec iste quasi dominus in mora per in-
terpellationẽ constitui poterit. Cum-
que justa caussa interpellatum soluere
cessantem excuset, moram impediat,
vt sup. ostensum, & inficias ire nemo
possit, bonæ fidei possessorem, cui no-
dum constat, interpellantem esse do-
minũ, caussam non restituendi justam
habere, se non vlterius, tamen ad li-
tem vsq; contestatam, *arg. l. 2. C. de fruc.
& lit. expe.* siquidem titulus, quem vel
habet in rei veritate, vel errore non
injusto lapsus habere sese putat, justis-
simã suppeditat ei caussam possiden-
di rem pro sua, retinendiq;, donec re
in judicium deducta, vel jure partis
adversæ probe cognito scientiam ma-
læ fidei possessoris accipiat, *l. sed etsi le-
ge, §. de eo, ff. de pet. her. l. nunquam nuda,
ff. de acquir. rer. do. l. c. l. hominem, ff. pro
suo, cum simil.* vel hinc evincitur, inter-
pellatione simpliciter extra judicium
facta eum in mora minime constitui,
nedum ad æstimationẽ quanti plurimi
teneri. Certi deniq; juris, eum qui fa-
cto proprio sese non obligauit ad præ-
standum, quod ab eo petitur, interpel-
latione extrajudiciali nequaquam in
mora constitui, nisi liquido simul ab
interpellante fuerit monstratũ, rem
sibi omnimodo præstari oportere,
*Bart. in l. non solum, §. morte, n. 47. cum
quo reliqui transeunt ibid. maxime Bologn.
nu. 190. ff. de no. oper. nun. Bart. in l. q. [illegible]
te, n. 15. vbi post alios Ias. n. 31. R. pa. n. 50.
& seqq. Alciat. n. 35. & 36 Loriot. n. 12. ff. si
cer. pet. Bart. in l. 1. in fine pr. vbi præ cæteris
Ias. nu. 3. de eo per quem fac. Ioan. de Imol.
in l. de pupillo, §. qui procuratorio, nu. 22.
vbi Alex. num. 1. ff. de no. oper. nun. & est
tex. in l. nomen, C. quæ res pign. & in Cle.
caussam, de elec.* Vnde cum bonæ fidei
possessor facto sese proprio non ob-
ligarit, ideo solum teneatur, quia
rei possessæ dominium est alterius,
interpellatione simpliciter extra ju-
dicium facta non poterit in mora
constitui. Cœterum illud † extra con- 81
trouersiam esse videtur, quando ex-
tra judicium interpellans evidenter
bonæ fidei possessori monstrat, se se
rei petitæ dominum esse, per hujus-
modi interpellationem indubitata
fide subnixam possessorem tam in
mora, quam in mala fide constitui,
quantumvis ei nondum lis mota sit,
siquidem in mala fide necesse est eum
esse, qui cognouit, alienam se rem
possidere, *l. item veniunt, §. petitam,
vers. qui d ergo, ff. de petit. her. l. quæsitum,
l. bonæ fidei, §. in contrarium, ff. de acqui.
rer. do. l. penultim. C. de euict. cum simil.*
& moram incurrat oportet, qui sci-
enter alienam rem possidens, etiam-
num post interpellationem restituere
detrectat sive cessat, *l. quod te, ff. si cer.
pet. l. mora, in princ. ff. de vsur. l. si ex le-
gati, ff. de verb. oblig.* Verum † enim- 82
vero prædictis vehementer obstare
videtur *l. item veniunt, §. petitam, & l.
sed etsi, §. si ante, ff. de petit. her.* vbi qua-
licunq; denunciatione interveniente
malam fidem induci, vsurasq; deberi
perhibetur, eoq; mora suboriri vide-
tur, ut nihil minus necessariũ videatur.

quam

quam in ipsa denunciatione interpellantem de jure suo fidem facere. Sed advertendum, eo loci non tam eo de possessore agi, qui sciat, hæreditatem à se possessam esse alienam, quam de illo, qui scit, eam à se peti: id enim non modo verbis expresis indicat Vlpianus *in d. §. petitum*, verum etiam clarè ostendunt verba Senatusconsulti relata *in d. l. item veniunt, §. præter hæc, vers. petitam*, peculiariter & expresse petitionem de scientia sive noticia simplici interpretantia: Hic enim in hæreditatis petitione saltem eatenus malæ fidei possessor intelligitur, quatenus ab eo tempore, quo primū scit, hæreditatem à se peti, ad pretia rerum ex hæreditate venditarū, quæ ad ipsum pervenerunt, adeoq; ad vsuras etiam pecuniæ ex pretio rerum hæreditatis venditarum redactæ tenetur ex peculiari dispositione Senatusconsulti, cum quidem ante quam sciuerit, non nisi quatenus ex hæreditate seu fructibus eius aut vsuris factus est locupletior teneatur, *l. 1. C. de petit. hæred. d. l. sed etsi, §. consuluit, ff. d. t.* Quocirca rectè Bart. *in d. §. petitam, & ibid. cæteri Dd.* annotant, illic denunciationem fieri saltem ad notificandum, circa quam non referat, à quo fiat, cuiusve loco vel scientia simplex abunde sufficiat, *per tex. d. §. petitam*, quæ singula in denunciatione per quam mota inducatur, minime procedere, nedum sufficere notissimi juris est, *Dd. in d. §. petitam, traditq; post alios Bolognet. in l. non solum, §. morte, n. 237. vers. non obstat d. §. petitam, ff. de noui oper. nunc.* Rectè quoq; post alios *Menoch. de præsumt. lib. 2. præsumt. 31. num. 2. & VVesenb. in supplemento ad Schneid. §. etsi in rem, n. 7. in fin. inst. de offi. jud.* asserunt, esse speciale in petitione hæreditatis sive judicijs vniuersalibus, vt qualicunq; denunciatione possessor in mala fide constituatur, licet hic minus apte rationem huius rei deducat à fructibus hæreditatem augentibus, cum potius ea de caussa senatus possessorem ad ea quæ diximus, ex tempore, quo scire cœpit à se peti, teneri voluisse videatur, quia postquam a bonæ fidei possessore vel extra judicium petita fuit hæreditas, est quod imputetur ei, cur non minus ex redacta pecunia quid acquirere studuerit, vt ex rebus venditis acquiri quid potuisset, nec amplius putare debet aut potest, sibi licere de rebus hæreditarijs etiamnum lautius viuere, ijs tanquam suis abuti, negligentius illas vti suas administrare, cum cogitare sive nosse debuerit, nihil esse tacilius, quam vt sententia contra sese feratur, *l. quod debetur, ff. de pecul.* & petitori restituere compellatur, prout manifeste hanc rationem colligere licet ex *d. §. consuluit, & l. si quid possessor, §. sicut autem, ff. de petit. hæred.* Ac licet in *d. l. sed etsi, §. si ante*, dicat Vlpianus, cœpisse possessorem scire, se rem ad se non pertinentem possidere, tamen id nequaquam sic intelligendum, quasi perfecte certoq; scire cœperit, rem ad se non pertinere, cum sit manifesti juris, nudam assertionem alterius, præsertim adversæ partis in propria caussa, fidem non mereri, *l. 1. §. solum, ff. de eo per quem fac. l. si quis inficiatus, ff. depos. cum simil.* sed secundum subjectam materiam potius accipiendum de scientia adhuc imperfecta, dum qualitercunq; nosse cœpit possessor, eam se rem possidere, quæ ad sese non pertineat, si non in rei veritate, quod ex futura litis determinatione caussæq; meritis liquebit, saltem secundum assertionem sive notificationem denunciantis, quæ quidem scientia qualiscunq; sive notificatio, cum sit ita demum efficax, si adversus possessorem judicatum erit, *d. l. item veniunt, § præter hæc, vers. stemplacere*, abunde sufficit ad effectum illic ab Vlpiano vnice consideratum, & aperta dispositione Senatusconsulti, quod ibidem interpretatur, introductum, ne scilicet amplius in id modo teneatur possessor, quo factus est locupletior, *d. §. præter hæc, juncto d. §. petitam*.



EXER-

EXERCITATIO DECIMAQVARTA.

De mora per litis contestationem contracta, & æstimatione ad tempus eiusdem referenda.

SVMMARIA.

1. *Tempus litis contestatæ attenditur in æstimatione ineunda, quando mora non præcessit.*
2. *Tam in bonæ fidei, quam stricti iuris iudiciis.*
3. *Siue res in genere debeatur, siue quantitas, siue certa species.*
4. *Etiamsi creditor antea fuerit in mora, nihilominus tempus litis contestatæ attenditur.*
5. *Libelli oblatio nec moram inducit, nec æstimationi quanti plurimi locum facit.*
6. *Contraria Decij & Bolognetti sententia reprobatur.*
7. *Libellus principi oblatus in mora neminem constituit.*
8. *Interpellatio post libelli oblationem facta moram non inducit.*
9. *Præterquam vno casu.*
10. *Vbi litis contestatio non requiritur, primus actus merita caussæ respiciens moram inducit, & æstimationi quanti plurimi locum facit.*
11. *Lis coram arbitro contestata reum in mora constituit.*
12. *Lis quando in contumaciam acceptatur pro contestata, locum facit æstimationi quanti plurimi.*
13. *Reus petitioni actoris contumaciter absentis libello annexæ respondens moram incurrit.*
14. *Litis contestatio moram inducit, & æstimationi quanti plurimi locum facit, etiamsi postea prosecutio litis omittatur & instantia perimatur.*
15. *Quod obtinet etiam, quando casu fortuito non impeditus litem quam continuare poterat, sua sponte prosequi desiit.*
16. *Litis contestatio inualida debitorem in mora constituit, vt ad æstimationem quanti plurimi teneatur.*
17. *Reus siue actione in personam, siue in rem conueniatur, litis contestatione moram incurrit, indeq; ad æstimationem quanti plurimi tenetur.*
18. *In obligatione alternatiua illius rei, quam reus elegerit, æstimatio, quanti à tempore litis contestatæ plurimi fuerit, spectatur.*
19. *Litis contestatio super eo, quod officio saltem iudicis debetur, moram inducit, & æstimationi locum facit.*
20. *Reus iustam litigandi caussam habens, litis contestatione moram non incurrit, nec ad æstimationem quanti plurimi tenetur.*
21. *Nisi postea desinat habere iustam litigandi caussam.*
22. *Petitio creditoris & responsio debitoris instar litis contestationis coram arbitratore facta debitorem ad æstimationem quanti plurimi præstandam non astringit.*
23. *Aduersus reum ex eo tempore, quo per ipsum stetit, quo minus litis contestatio fieret, æstimationis ratio habetur.*
24. *Difficultas non minus post, quam ante negatiuam litis contestationem impedit moram.*
25. *Alciati & Lorioti restrictio reprobata.*
26. *Bonæ fidei possessor post litis contestationem ad æstimationem quanti plurimi non tenetur.*
27. *Nisi tunc actor liquido monstret, rem esse suam.*
28. *In obligatione faciendi tempus litis contestatæ quoad æstimationem non attenditur, nisi tunc demum committatur obligatio.*

29. *Tempus*

29. *Tempus litis contestationis est initium, ex quo teneri debitor incipit ad æstimationem, quanti ex eo tempore plurimi fuerit.*

30. *Alciati & Donelli opinio refellitur.*



Equitur tempus judicialis petitionis, hoc est, litis contestatæ, cœptique judicij, *l. amplius non peti, 15. ff. rem. rat. hab.* 1 cuius † æstimationem, quando non processit mora lapsu diei vel per interpellationem extraiudicialem inducta, fieri oportere, tex. est in *l. vinum, ubi Dd. ordinarie, ff. si cer. peta. l. vlt. ff. de condic. trit. l. 3. §. in hac, ff. commod. l. hominem, ff. mand. l. adiles, 25. §. item sciendum, ff. de adil. edic. l. fundum, ff. de nouat.* Rationem præ cæteris *Donell. in d. l. vin. n. 6.* adducit eam, quod in lite contestanda intelligatur ea res peti, quæ fuit eo tempore, in quam petitionem & reus consentiat judicium accipiendo, in quo inest tacita conuentio, *l. 3. §. idem scribit, ff. de peculi.* ex quo & tale quidquam dari debeat, quale est, cũ petitur, *l. 2. ff. de vsur.* Sed cum pristina conuentio, ex qua resultat actio, super qua lis contestatur, nequiuerit efficere, vt ad tempus illius æstimatio referretur, multo minus illa tacita seu ficta potius conuentio, quæ judicio fieri intelligitur, efficere potis erit, vt ad tempus litis contestatæ referatur æstimatio, præsertim, cum contractus illius judiciarij effectus siue executio ad sententiæ tempus referatur, & ante rem judicatam sit in suspenso, *d. §. idem scribit, & l. 3. vers. si enim nouatur, C. de vsuris rei judic.* Quod si stipulator non id agere videtur, vt sibi res præsentis temporis præstetur, quantumvis eam primo quoq; tempore, simul atq; libet, exigere queat, quanto minus actor mouendo litem id agere videbitur, vt sibi res præsentis temporis præstetur, cum quod sibi debetur, non nisi finito judicio post rem judicatam consequi queat, & probe nouerit, sibi tantisper expectandum esse, dum sententia pro se feratur. Qua de caussa nec altera subsistere ratio videtur, quando tacitam illam, quã sibi pro ratione fingit, conuentionem ex contractu anteriore deriuare conatur *Donell. in l. quoties, nume. 10. vers. de tempore litis, ff. de verb. obli.* quia nempe cum res promittitur, ab initio id agatur, vt aliquando saltem id judicio petere liceat, quo actor id consequatur: quod cum fiat, eadem opera intelligatur & illud agi, vt res præstetur illius temporis, *arg. l. 2. ff. de vsur.* Cur enim temporis illius potius, quam eius, quo sententia fertur, rem præstari contrahentes voluissent, cum in illo tempore nõ extorqueatur solutio, sed judicium duntaxat inchoetur sententia terminandum, post rem vero judicatam solutio præcise fieri debeat, nec amplius differri queat. Vt omittam, vtramque rationem ad eas modo res pertinere, quæ functionem in genere suo recipiunt, siue pondere, numero, mẽsura consistunt, cum ad tempus litis contestatæ non earum modo, sed & omnium aliarum rerum æstimatio referatur, *d. l. vlt. & d. l. hominem, & simil.* Quare cum cœteris interpretib. arbitror esse verius, ad tempus litis contestationis ideo referri æstimationem, quod vix fit, vt debitor, qui nondum in mora fuit, non eo tempore, quo litis contestatio fit, moram incurrat, cum qui debet in rei veritate, raro justam litigandi caussam habere deprehendatur, & moram fecisse videatur, qui litigare maluerit, quam soluere, *l. nemo rem, 82. in fin. ff. de ver. obl. l. nec bona, C. de præscr. longi temp.* & post litem contestatam etiam bonæ fidei possessor mala fide possidere intelligatur, *l. sed etsi lege, §. si ante litem, ff. de pet. hare. l. 2. C. de fruc. & lit. expens.* Quando vero debitor est in mora, tam naturalis quam ciuilis ratio flagitat, vt ab eo tempore ad

æsti-

æstimationem quanti plurimi teneatur, ne valoris decrescentis detrimentum sit alterius, quam eius, per quem stetit, quo minus solueretur, *l. quod te, ff. si cer. pet. l. si seruus, §. si seruus, ff. de leg. 1.* neue moratori prosit vel impunitas sit frustratio, *d. l. hominem, ff. mand.* Accedit & illa, quam assignat Vlpianus *in d. l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* quod tempore litis cōtestationis, quo judicium inchoatur, *c. super quæstionum vbi gl. & Dd. de offic. de lega. l. amplius, ff. rem rat. hab.* qui judicaturus est, causſæ judex fiat, vt ex eo tempore omnium rerum, quæcunq; in judicio versantur siue incidunt, incumbat officium, cuius vigore omnem causſam, hoc est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore præstitum ei fuisset, sub quo æstimationem, quæ tempore litis contestatæ plurimi fuerit, contineri dubium non est, adjudicare eum possit, cum debeat, *l. cum fundus, in pr. ff. si cert. pet. l. 2. ff. de vsur.* nisi justa de caussa motus reum conuentum in accessionibus esse releuandum censuerit, *l. in fidei. om. ff. de vsur.*

2 Ampl. hæc conclusio primò procedere, tam in bonæ fidei, quam stricti juris judicijs, *Dd. in d. l. vinum, vbi præ cæteris Bologne, n. 62. Donell. n. 22. & seqq. ff. si cer. pet.* Etenim si in judicijs stricti juris æquum est, ad tempus litis contestatæ æstimationem referre, multo magis id obtinere debebit in bonæ fidei judicijs, in quibus omnia ex bono & æquo æstimantur, *§. vlt. inst. de oblig. ex consen. §. in bona fidei, inst. de actio. l. 2. in fi. ff. de act. & obli.* præsertim cum in his officium judicis multo sit potentius, adeoq; tantundem valeat, quantum in illis expressa obligatione nuncupatio, *l. quia tantundem, ff. de nego. gest.* Quid quod est indubitatum, in bonæ fidei judicijs à tempore moræ rationem haberi æstimationis quanti plurimi, *l. si sterilis. §. cū per venditorem, ff. de act. emt. l. cum res, in pr. ff. de lega. 1. & patet ex traditis in exert. præced.* Vndecum mora, quando nō præcessit judicium, tamen in ipsa litis contestatione committatur, *l. nemo rem, §. vlt. ff. de ver. oblig.* in eis etiam ad tempus litis contestatæ jure merito reducitur æstimatio. Æque vel magis etiam in bonæ fidei judicijs militat ratio desumta ex *d. l. ædiles, §. item sciend. & d. l. cum fundus, in pr. & d. l. 2. ff. de vsur.* Neuē sit in re manifesta pluribus opus, textus est apertus *in l. 3. §. cum per vendit. ff. de act. emt.* pro hac sententia singulariter inductus a *Donello in d. l. vin. nu. 24.* Ac licet jura pro confirmatione conclusionis allegata non modo de stricti juris judicijs loqui, verum etiam diuersitatem quandam inter ea & bonæ fidei judicia inducere videantur, si tamē exactius perpendantur, nihil minus efficiunt. Namq; *l. vlt. ff. de cond. trit.* generaliter loquitur, nec in ea distinguitur, quo judicio sit petitū, vt notat etiam *Donell. in d. l. quoties. n. 5. ff. de ver. obl.* Ac si maxime placeat eam restringere ad condictionem triticariam secundum titulum, sub quo collocata reperitur, nihilominus quod in ea, & in *d. l. vin. & d. l. fundū,* de stricti juris judicijs asseritur, idem de bonæ fidei judicijs perhibetur *in d. l. 3. §. si per vend.* Textus autem *d. l. 3. §. in hac. ff. commod.* diuersitatē quidem inter bonæ fidei strictiq; juris judicia importat, sed hanc duntaxat, quod in bonæ fidei judicijs in litem juretur, & rei judicandæ tempus, quanti res sit, obseruetur, cum e diuerso in stricti juris judicijs, quippe in quibus extante re nō solet in litē jurari, *l. alias, ff. de in lit. jur.* litis contestatæ tempus spectetur: Interim vero minime negat, vbi de vera in bonæ fidei judicijs æstimatione remoto juramento quæritur, temp9 litis contestatæ spectari, nisi mora præcesserit, cum quę de ęstimatione juramento asserenda dicuntur, ad eum casum, vbi non juratur in litem, minime pertineant, *Donell. in d. l. vin. n. 25. & latius in l. in hac, n. 16. 17. 18. ff. de cond. trit.* Deniq; tex. *in d. l. hominem, ff. mand.* non tamen diuersitatem inter judicia bonæ fidei strictiq; juris vllam constituit, quam ostendit, plurimum interesse, vtrum stipulatione quid promissum petatur,

an ex fidejussionis caussa solutum repetatur: quoties enim fidejussor actione mandati contra principalem, pro quo soluit, experitur, æstimationem solutæ rei consequitur eam, quæ tempore solutionis fuerat, etiamsi priusquam super actione mandati judiciū susciperetur, soluta res interierit, quia nempe mādati actio nō ad ipsam rem, quippe creditori pro debitoris principalis liberatione ab ipso fidejussore solutam, sed ad illius æstimationem à debitore consequendam competit: Secus vbi quid alicui stipulatione promissum debetur, cuius in æstimatione tempus litis contestatæ spectatur, nisi frustratio præcesserit. Vt igitur non minus ad tempus solutionis pro debitore factæ reduceretur æstimatio, etiamsi fidejussor pro ea consequenda contra debitorem ageret ex stipulatu sive contractu stricti juris, puta, si fidejussor sub conditione, si pro debitore soluerit, quanti ea res erit, à debitore sibi reddi stipulatus fuisset, *d. l. hominem junct. l. fundum, ff. de nouat.* ita si res ipsa in obligationem deducta ex alio quam stipulationis contractu quantumvis bonæ fidei, debeatur sive petatur, in eius æstimatione tempus litis contestatæ, nisi mora præcesserit, procul dubio spectandum erit, *d. l. hominem, d. l. 3. §. si per vend. & simil.*

3 Ampl. secundò procedere, non tantum quando res in genere vel quantitas debetur, verum etiam vbi certa species in obligatione versatur atq; perit. *d. l. vlt. ff. de condic. trit. d. l. 3. §. in hac, ff. commod. d. l. hominem, ff. mand. d. l. ædiles, §. item scientem, ff. de ædil. edic. d. l. fundum, ff. de nouat.* ac tenent non modo cœteri Dd. sed & Alciatus atq; Donellus, quamvis aliàs cum de æstimatione ad tempus moræ per interpellationem extrajudicialem contractæ quæritur, inter obligationem generis aut quantitatis, & obligationem certæ speciei discrimen longe maximum comminiscantur *in d. l. vin. & in l. in hac, ff. de cond. trit.*

4 Ampl. III. etiamsi creditor ante litem contestatam in mora fuit, nihilominus debitor litis contestatione in mora constituitur, eoq; ad æstimationem quanti plurimi ab eo tempore tenetur: quod non tantum sentiunt interpretes in exerc. proxime præcedenti ampl. 6. relati, verum etiam hi, qui à creditore in mora constituto debitorem extrajudiciali petitione in mora constitui negant, *Salic. in l. sed etsi alia, ff. de constit. pecu. & in l. si pacto quo pœnam, C. de pact. Iason in l. vin. num. 10. vbi Mantua, ff. si cert. pet. & in terminis est tex. in d. l. sed etsi alia. Patet etiam ex l. Celsus, §. idem ait, cum l. seq. ff. de recept. arb. l. illud, ff. de peric. & comm. rei vend. l. si & per emtorem, 51. §. quod si, ff. de act. emt. & tradit. in d. ampl. 6.*

Ampl. IV. Quamvis libellus tempore non modico præcedere soleat litis contestationem, tamen eius oblatio non efficit, vt ante litem contestatam debitor in mora constituatur, aut æstimationis ratio habeatur, *Bart. in l. denunciasse, §. quid ergo, num. 1. ff. ad leg. Iul. de adult. Castr. in l. si ex legati, nu. 3. ff. de verb. oblig. Aretin. in l. vinum, n. 4. vbi Alex. nu. 8. Ias. nu. 15. Alciat. n. 51. communem dicens, ff. si cer. pet. Ias. in l. quod te, n. 21. vbi Lorior. nu. 14. ff. d. t. Lorior. in axiom. 1. de mora, ax. 10. & in libell. de mora, §. secundum, vers. octauo, Bauer. de mora, p. 3. nu. 13. Ioan. Saporta, c. 2. num. 34. Stephan. Forcat. de mora, p. 1. nu. 14. & de communi testatur etiam Bolognet. in d. l. quod te, num. 59. & in d. l. vin. num. 46.* Pro qua sententia Bart. recte ponderat *tex. d. l. denunciasse, §. quid ergo*, vbi accusaturus libellos accusatorios dedit ante, quam nuberet mulier, eaq; cum id cognouisset, nupsit: respondet nihilominus Vlpianus, non videri denunciatum. Vnde liquido patet, libellum non habere vim denunciationis, quam cum prærequirat mora, *l. mora, ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verbor. obligat.* manifestissimum est, libelli oblationem in mora neminem constituere. Nec valet responsio, quam comminiscitur *Dec. in d. l. vin.* quod *d. l. denunciasse, §. quid ergo*, loquatur in casu particulari, ne im-

ne impediatur matrimonium, & servetur illa forma, quia agitur ad aliquid respiciens vtilitatem publicam. Hanc enim optima ratione redarguit atq; refellit *Bolo. ibi n. 46.* quia vanum est opinari, libellum illic ideo non habere vim denunciationis, ne matrimonium impediatur, cum denunciatio neutiquam sit impedimento, quo minus matrimonium contrahatur, id tantum operetur, ne mulier, quæ facta sibi denunciatione nupsit, priuilegio gaudeat, quod ab eo non possit accusator incipere, *l. qui vxor. & d. l. denunciasse, ff. ad leg. Iul. de adul.* Ac licet agatur ad id quod publicam respicit vtilitatem, tantum tamen abest, vtilitatis publicæ gratia libellum vi denunciationis carere, vt publicæ vtilitati sit longe magis profuturum, libelli dationem vim denunciationis obtinere, quo facilius & expeditius accusatio peragatur, & ad finem perducatur. Aliter hunc textum euitari posse Alciatus autumat, quia de caussis agat criminalib. in quib. nihil a parte petitur, sed à judice: quod vt verũ sit, pars tamen aduersa, contra quã accusatio instituitur, libellusq; proponitur, non minus certa libello redditur de intentione accusatoris, quam reus in ciuilib. intentionem actoris ex libello cognoscit, vt proinde si libellus in civilib. caussis vim denunciationis obtineret, non minus libellum accusatorium eadem vi denunciandi, quoties in criminalib. denunciatio desideratur, præditum esse oporteret, quod est absurdũ, et Vlpiani responso plane contrarium. Vt omittam etiam in civilib. caussis, libelli petitionem non ad partem dirigi, sed ad judicem, qui condemnet atq; compellat partem ad soluendum, perinde vt in criminalib. peti solet, vt judex reum condemnet atq; puniat. Bolognet. autem *in d. l. vin. num. 47. & in d. l. quod te, numer. 59.* rationem diuersitatis prætendit inter libellum accusatorium & denunciationem, quod ille tendat ad puniendum, hæc ad faciendum, ne nubat: quæ cum sint diuersa, nec vnum dependeat ab alio, nec sit necessarium antecedens ad aliud, non potest illatio fieri, *l. Papin. exuli, ff. de minor.* cum e diuerso in casu nostro libellus tendat ad finem, vt actor consequatur debitum, ad quem finem etiam tẽdit interpellatio, & ideo illa ex libello potest induci. Verum etsi libellus & interpellatio in vltimo fine, consequendi nempe debiti conueniant, in fine tamẽ intermedio siue modo perveniendi ad vltimum finem discrepant, quod interpellatione id agitur, vt interpellatus sua sponte debitum exoluat, ne sit opus adire judicem, judicio contendere, in libello autem petitur, vt judex eum ad soluendum cõdemnet atq; cõpellat: id quod in libello accusatorio & denunciatione perquè depræhendere licet, cum similiter in vltimo fine, puniendi nempe adulterij conueniant, ad quem denunciatio non minus quam libellus tendit, licet illa tempore præcedat, & remotius ab eo fine distet, prout etiam interpellatio extraiudicialis tempore præcedit libellũ, & remotius ab eo fine distet, prout etiã interpellatio extrajudicialis tempore præcedit libellum, & remotius a consequendo debito distat, in fine autem intermedio siue modo perueniendi ad vltimum finem discrepant, quod denunciatione id agitur, vt accusator mulierem posit ante adulterum ream agere adulterij, *l. 2. in pr. l. qui vxori, cum l. seq. ff. ad leg. Iul. de adul.* libellus autem detur, vt judex super eo procedere posit, *ut not. in l. libellor. ff. de accusat.* Quanquam etjamsi libellus in actione ciuili, & interpellatio fine prorsus congruerẽt, quia tamen hæc ab illo in rei veritate maxime discrepat, inferri firmiter haud posset, vicem interpellationis libellũ supplere, alioqui probatio, adeoque cunctæ propemodum partes judiciarij processus eiusdem interpellationis vicem subire atq; supplere consequeretur, cum non minus eæ quam libellus finem consequendi debiti respiciant, & ad eum, vt ad scopum & metã dirigantur. Addunt alij textum *l. libertus ad-*

tus aduersus, ff. de in jus voc. vbi qui libellũ principi vel præsidi dedit, in jus vocasse non videtur: Sed non immerito *Bolog. in d. l. vin. n. 46.* replicat, etsi libellus vim citationis non habeat, quia notificet modo, non citet, eo tamen textu minime negari, libello induci interpellationem, nec à citatione, qua constat in mora neminem cõstitui, ad interpellationem quippe diuersam & separatam arguere licet, *l. neq; natales, C. de probat.* Rectius pro communi sententia ponderatur text. *l. amplius, ff. rem rat. hab.* ubi actor cœpto nondum judicio non petere, sed petere velle perhibetur: Offeratur autem libellus cœpto nondum judicio, *l. 1. C. de litis cont.* siquidem libellus futuræ, non præsentis litis speciem demõstrat, *l. edita, vbi Dd. C. de eden.* & litis demum contestatione mediante judicium inchoatur, *c. super quæstionum, ubi gl. & Dd. de offi. delega. l. cum fundus, in pr. ff. si cer. pet. l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic. l. 2. ff. de vsur. Donell. in d. l. edita, n. 17. Cui. lib. 9. obs. c. 21.* Quare libellũ offerens non petit, sed petere vult, ac vi consequentis in mora debitorem non constituit, siquidem ad morã inducendam non sufficit, quod creditor interpellare velit, nisi actu quoq; subsecuta fuerit interpellatio, *l. mora, ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verb. obl.* Præterea tempore demum litis contestationis vere judicialem petitionem fieri, liquet non modo ex *d. l. amplius,* verum etiam *ex l. vin. ff. si cer. pet. juncta l. vlt. ff. de condic. trit. l. 2. ff. de vsur. l. illud, ff. de petit. hære.* Tunc enim res in judicium litis contestatione inchoandum deducitur, & jus illud in judicio persequendi, quod sibi debetur, cum effectu intentatur & instituitur, *l. 1. C. de lit. cont.* Vnde cum judicialis mora petitionem judicialem præsupponat, *l. si pupillus, ff. de ver. obl.* eo demũ tempore, quo judicio petitum intelligitur, moram in judicio contrahi statuamus oportet, *d. l. 2. ff. de vsur. l. nemo rem §. si post moram, ff. de verb. obl.* Quod si libelli oblatio in mora constitueret, necesse foret, vt ad debitorem ipsum in libello petitio dirigeretur, isq; requireretur in eo, siue moneretur, vti solueret: hoc n. est interpellare, *l. cum stipulatus, §. vlt. l. qui Romæ, §. cohæredes, ff. de ver. obl.* Atqui neutrum horum fieri consueuit in libello, sed judex modo rogari solet, vt condemnet reum atq; compellat ad soluẽdum. Quib. accedit, quod ea intentione libellus cum offertur, tũ recipitur, vt inde intelligatur, qua de re lis & judicium futurum sit, *l. edita, C. de eden.* quam offerentis & recipientis intentionem proculdubio egrederetur, si debitorem, vti soluat, pariter interpellare intelligeretur: quod admittendum non est, cum actus agentium intentionem egredi minime debeat, *l. non omnis, ff. si cer. pet.* Rursus ideo libelli oblatione species futuræ litis ostenditur, vt conuentus deliberare posit, liti cedere malit, an cõtendere, *l. 1. ff. de eden. auth. offeratur, C. de lit. cont. & vtrobiq; Dd.* Cui vero jus deliberandi competit, is in eo, super quo deliberat, moram committere nequit, nisi finita deliberatione fuerit interpellatus & soluere cessauerit, siquidem non est moræ annumerandum, quod optima ratione jureq; permittente fit, *l. sciendum, ff. de vsur.* nec est in mora, qui dilationem habet à lege, *glos. in l. si cum exceptione, §. quatenus, ver. tripli, ff. quod met. caus. Roma. cons. 244. Dec. in l. nulla, nu. 3. ff. de regul. jur.* nec dolo facere, vel culpam committere videtur, qui jure suo vtitur, *l. 3. §. is tamen, ff. de lib. homin. exhib. l. iniuriar. §. 1. ff. de iniur. l. nullus videtur, 55. ff. de reg. jur.* Excipit quidem *Bolognet. in d. l. vin. n. 46.* etsi libellus detur ad deliberandum, non tamen per hoc tolli, quin etiam interpellet atque constituat in mora, saltem finito deliberationis tempore, prout extra judicium interpellatus habet spacium præparandi sese ad soluendum, quo finito in mora constituitur, *l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bono. cum simi.* Verum nihil isthac ratione proficit, cum nondum potuerit commonstrari, libellum vim interpellationis habere,

con-

contrarium potius ex allatis hactenus fundamentis appareat, & maxima sit inter tempus deliberandi, & spacium præparandi sese ad solvendum diuersitas, hoc ad executionem interpellationis in solvendo constitutam vnice tendente, illo non vllius interpellationis executionem, sed futuræ litis considerationem duntaxat concernente, insuper etiam finito deliberandi tempore, si debitor exceptiones aliquas vel dilatorias vel peremtorias ad impediendum litis ingressum ante litem contestatam opponat, sive pro releuantibus eæ habeantur, constet in mora debitorem nō fuisse, cum quamdiu quis exceptione tutus est, tamdiu non sit in mora, *l. lecta, ff. si cert. pet. l. sciendum, ff. de vsur. & vtrobiq. Dd.* Sive pro friuolis habeantur, vltro quidem admittatur, debitorem legitimo deliberandi tempore finito cœpisse in mora esse, non tamen vigore præcedentis libelli mora committatur, sed quod in effectu lis pro contestata habeatur ab eo tempore, quo propter illicita subterfugia rei conventi factum est, ne citius litis contestatio fieret, *l. si eum, §. qui injuriar. vbi Bald. & reliqui, ff. si quis caut.* Est & quod imputetur actori, quod antequam provocaret ad judicium, debitorem non extra judicium interpellauerit, quod & humanius fuisset, *l. quidam liberus, ff. de seruit. vrb.* & ad inducendam moram cumprimis accommodatum. *l. mora, ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verb. oblig.* sed viam judicij prætulerit & elegerit, cuius hanc esse naturam vel sciuit, vel nosse debuit, quod mora judicij per litis contestationem cœpti tempore demum contrahatur. *l. nemo, §. si post. ff. de verb. oblig. l. 2. ff. de vsur.* Quorsum facit, quod ea sola cuiq; patere via debet, quam elegit, *l. si mulier, in fin. ff. quod met. causs.* quiq; vult aliquid, vna velit oportet omnia, quæ necessario sequuntur ex illo, *l. 2. vbi Dd. ff. de jurisd. l. ad rem, vbi gl. fin. & Dd. l. ad legatum, ff. de pro ur. l. refectionis, ff. commu. præd. cum simil.* Adde quod jure nostro nullibi asseratur, oblatione libelli sive actionis editione quenquam in mora constitui, cum tamen illius præ litis contestatione mentionem facere ICtos & Impp. oportuisset, si ante litem contestatam illa moram induceret. Nam quod *Bolognet. in d. l. quod te, n. 59.* prætendit ideo non de hac moræ commissione, sed solum de litis contestatione in jure mentionem fieri, quia frequenter & communiter accidat, vt oblato libello secutaq; deliberatione lis contestetur, vanum est effugium, cum testetur ipsamet experientia, rarissime post deliberationem illico litis contestationem fieri, plerumq; exceptiones opponi dilatorias, aut litis ingressum impedientes, vt vel hanc ob caussam ad libelli oblationem, si vim interpellationis haberet, jure nostro referri mora debuisset. Deniq; si moram libellus induceret, evenire nunquam posse videtur, vt tempore demum litis contestatæ mora contrahatur, quia libelli oblationem, sive actionis editionem litis contestatio præsupponit, nec ad hanc nisi præcedente illa perveniri potest, *l. 1. in pr. ff. de eden. auth. offeratur, C. de lit. cont. c. quoniam contra, de probat.* Consequens vero cum sit absurdum, & juri manifeste contrarium, falsum quoque sit antecedens necesse est.

6 Contrariam † tamen opinionem amplexus est *Dec. in l. vinum, n. 14. quem sequitur ibid. Bolognet. nu. 40. ff. si cert. pet. Idem Bolognet. in l. quod te, num. 59. ff. d. t.* Tum 1. quod interpellatio quæ moram inducit, nihil aliud sit, quam petitio, vt soluatur, *l. si decem cum petiero, l. qui Romæ, §. coheredes, ff. de verb. oblig. l. Æmilius, ff. de minor.* Sed in libello est petitio, *§. plus autem, & §. si minus, inst. de act. l. 1. C. de plus pet.* Ergo per libellum inducitur interpellatio, & consequenter mora. Sed præterquam quod ex *l. amplius, ff. rem rat. hab.* liquet, eum qui acturus est, ante litem contestatam non petere, sed petere velle, duntaxat ea petitio solutionis, quæ fit ad partem, est interpellatio, quippe quæ debitoris est, non judicis, prout etiam

evincunt, *d.l.si decem,& d.§.cohaeredes, nec non d.l. Aemil.* cum è diverso in libello quantumvis petitio instituatur, ea tamen ad partem non dirigatur, sed ad judicem, nec pars requiratur, vt soluat, sed judex, vt condemnet & exequatur. Quanquam etiam non incommode dici potest, libello non tam peti, vt soluatur, quam desiderari, vt judicio legitimæ procedatur, sententia condemnatoria feratur, & executioni mandetur, quæ quidem á petitione vt soluatur, plurimum distare, nemo non animaduertit. Tum, 2. quia per libellum reus pulsatus esse dicitur, *l.cum antea, C.de recep.arb.* & interrumpitur præscriptio, *l.3.in fin. C.de annal. excep.* Ergo est interpellatio. Quæ ratio si quicquam valeret, non minus ante libellũ, quam ante litem contestatam debitor extra judicium nõ interpellatus per citationem in mora constitueretur, cum præscriptio præsertim longissimi temporis citatione interrumpatur, *l.sicut, vbi Dd. l. omnes, in fin. l. cum notissimi, in pr.& §.1.C.de praescrip.30. vel 40. ann.l.2.C.de annal.except. Iason post alios in l.ex hoc edicto, n.5.& 6.ff.de eo per quem fact.* Verum vt citatio non est eiusmodi interpellatio, qualis ad moram requiri dignoscitur, nempe, quæ fiat à creditore debitori ad soluendũ, licet alioqui nomen interpellationis quandoq; sortiatur, quatenus judex ad instantiam creditoris debitorem citando interpellat, sic oblationi libelli, quo petitio dirigitur ad judicem, non ad partem, eque potest attribui interpellatio propter insertã petitionem, non tamen eiusmodi, quæ fiat à creditore debitori, quæq; debitorem in mora constituat. Vt omittam, interruptionem præscriptionis á mora esse maxime diuersam, & illam quidẽ, vtpote maxime fauorabilem facilius admitti sive recipi contra præscriptionẽ suapte natura odiosam, *§.1. vbi Dd. inst.de vsuc.l.3.in fi.C.de annal.excep.* hanc vero vti odiosam difficilius induci, ne simus proniores ad obligandũ, quam liberandum, *l.Arrian. ff.de obli.& act.* Tum, 3. quia voluntas magis declaratur facto, quam verbo, *§.pauonum, inst. de rer. diuis. Decius in c. dilecti, de appell.* Sed per dationem libelli demonstratur animus actoris cupientis dari sibi rem debitam, cum accedat judicem, & vtatur potestate concessa ad compellendum debitorem ad solvendum: Ergo libellus videtur interpellare. Verum ex eo quod agitur, liquido patet, creditorem non tam sine judicis autoritate consequi solutionem cupere, alioqui ante motam controuersiam sive actionem intentatam extra judicium interpellasset, quam desiderare, vt quod sibi debetur, per sententiam adjudicetur, & executione per judicem facta præstetur. Et vt admittatur, libelli datione demonstrari, velle debitorem, vt sibi solvatur à debitore, non tamen ea propter in mora constituetur debitor, cum ad moram inducendam nõ sufficiat voluntas creditoris, sed congrua requiratur interpellatio, *l.mora, ff.de vsur.* & impetrata per creditorem citatione non minus quam libelli oblatione demõstrari videatur, cum velle sibi solvi, cum tamen citatione in mora debitorem constitui, ne quidem Decius & Bolognetus profiteri ausint. Tum, 4. quia verbũ *indigeo* secundum communem interpretum sententiam importat interpellationem, licet non tam sit incitatorium verbum, quam solummodo enunciatiuum: Multo magis igitur oblatio libelli, per quem petit actor à judice reum condemnari & cogi ad solvendum. Sed quod interpellatio per verbum *indigeo* facta subsistit, propterea vsuvenit, quia fit ad partem ea, non ad judicem dirigitur, nec alia de caussa seu fine interponitur, quam vt egens creditor solutionem consequatur, antequam pro ea obtinenda judicem adire, litemq; mouere necesse sit, quorum vtrumq; deficit in petitione libelli. Accedit insuper, quod denunciatio extra judicium debitori per verbum *indigeo* facta, nisi vim interpellationis & incitationis habere censeretur, plane frustratoria foret & inanis, cum tamen in dubio quilibet

actus quo ad eius fieri potest, ita sit accipiendus, vt valeat potius atque sustineatur, quam pereat, *l. quoties in actionib. ff. de reb. dub. l. 3. ff. de mil. testa. c. abbate, de verbor. signif. l. in contrahendis, vbi Dec. & reliqui, ff. de regul. jur.* nec partes quicquam inutiliter agere voluisse præsumantur, *§. idemq. juris, inst. quib. ex causs. manu.* E diverso libellus valet, effectumq; suum sortitur, nempe, vt ordine procedatur & sententia feratur, etiamsi debitorem nec interpellet, nec in mora constituat. Tum, 5. quia cum simplex verbalis incitatio ad solvendum extra judicium facta interpellet, & moram inducat, tanto magis illa denunciatio & incitatio, quæ fit in judicio, *arg. not. in l. pacta novissima, C. de pact. & in l. sive apud, C. de transact. & cit. tex. in l. cum ostendimus, §. vltim. ff. de fidejussor. tut.* Atqui non libelli oblati, sed litis demum contestatæ tempore judicialis illa incitatio sive petitio fieri dignoscitur, *l. 2. ff. de vsur. l. amplius, ff. rem rat. hab.* Ac si maxime concedatur, tempore libelli oblati incitationem fieri, tamen ea non tam debitor ad solvendum, quam judex ad procedendum, condemnandum & exequendum duntaxat incitatur, vt mirum nemini posit amplius videri, eum non posse quenquam debitorem in mora constituere, cum quidem extrajudicialis interpellatio congruo tempore locoq; debitori facta nullo negotio moram inducat, *l. mora, ff. de vsur.* Tum, 6. quia judicium nullum inducit interpellationem, *secundum Iac. de Aret. in l. in minorum, C. in quib. causs. rest. in int. Bald. in c. 1. nu. 4. de mil. vas. qui contu. Aret in. cons. 150. Decius in l. vinum, nu. 14. ff. si cert. pet.* Multo magis igitur inducet interpellationē, quando est validum. Sed cum judicium a litis contestatione demum incipiat, moram vel interpellationem anteriore, libelli scilicet oblati, tempore, quo nondum fuit, inducere nequit, sive id validum sit, sive invalidum. Præterea quod judicium nullum inducit interpellationem, ea de caussa fit, quia simul atq; litis contestatione judicium incipit, actor à reo non petere saltem voluisse, sed omnimodo petijsse intelligitur: quæ petitio judicialis ad tempus inchoati judicij sive litis contestatæ jure nostro passim relata, *l. vinum, ff. si cert. pet. l. vlt. ff. de cond. tritic. l. 2. ff. de vsur. l. amplius, ff. rem rat. hab.* cum sustineri nequeat vt judicialis petitio, quoties judicium ipsum est invalidum, saltem sustinetur in vim petitionis extrajudicialis ad moram inducendam æque idoneæ, *l. si tam angusti, ff. de servit. l. 1. §. si quis ita, vbi not. per Dd. ff. de verb. oblig.* cum è diverso tempore libelli oblati actor non petere, sed petere modo velle statuatur, eoque sive libellus valeat, sive non, ob defectum petitionis ille sustineri nequeat, vt extrajudicialis petitio. Vt omittam, petitionem in libello subjungi solitam non ad partem, sed judicem dirigi, qualis quidem ad moram inducendam vtrobiq; inhabilis esse dignoscitur, sive in loco judicij, sive extra judicij locum facta fuerit.
Sic igitur † solutis adversæ partis ar- 7
gumentis abunde sententiæ prioris veritas apparet, cui Barbatius, *in add. ad Bart. in d. l. denunciasse, §. quid ergo,* non esse locum arbitratur in libello principi oblato, qui vim interpellationis habere merito debeat, cum litis quoq; contestationis vim obtineat, *in l. 1. & 2. C. quando libell. principi dat.* Sed verius esse videtur, ne quidem hunc libellum in mora quenquam cōstituere, cum non modo pleraq; fundamenta pro communi sentētia adducta hoc quoq; casu omnimodo militent, verumetiam cum debitore nihil ea libelli oblatione agatur, isq; sub id tempus plerumq; nō adsit, & an vel quid principi creditor obtulerit ignoret, eoq; sit expers culpæ, sine qua mora non committitur, vt sæpe dictum. Adde quod post libellum principi oblatum nihilominus ordinario processu litisque contestatione sit opus, *vt notant gl. & Dd. in l. 1. & 2. C. quando libell. princ. dat. gl. in l. sicut, C. de præscr. 30. ann. Iason in §. pœnales, inst. de actio. VVurmser. lib. 1.*

pract. obseru. 1. de libello, obser. 9. quæ minime necessaria foret, si libellus principi datus judicialem petitionem induceret, sive litis contestationem simpliciter importaret. Nec obstat *d. l. C. quando lib. prin. dat.* siquidem procedit saltem in actionibus pretorijs annalibus, vt libellus principi datus intelligatur habere vim litis contestationis solummodo quoad effectum perpetuandi actiones annales, eoq; extra illum effectum ibidem in vtraq; lege vnice propositum atq; consideratum ad alios contestatæ litis effectus, puta, moram inducendam, trahi nec possit, nec debeat, *gl. & Dd. loc. rel.*

8 Quin † potius communi sententiæ viq; adeo locus esse videtur, vt etiamsi post libelli oblationem creditor extra judicium debitorem interpellauerit, non tamen eum in mora constituat, *vt post Angel. Alex. & Purpurat. tradit Alciat. in d. l. vin. n. 51.* cum sit, quod imputetur creditori, cur non ante interpellauerit, quam ad judicium prouocaret, & via judicij, quam elegit, ei merito sola patere debeat, *l. si mulier, in fin. ff. quod met. causs.* ac pendente tempore deliberandi, & quamdiu exceptione minime friuola tuetur debitor, moram incurrere nequeat, *l. lecta, ff. si cer. pet. l. sciendum, ff. de vsur.* nec jus deliberandi, seq; ante litis ingressum exceptione tuendi concessum debitori ad judicium vocato creditor interpellatione sua tollere vel minuere valeat, *l. id quod nostrum, & ibi not. ff. de reg. jur.* jurisq; manifesti sit, interpellationem inoportuno tempore factam in mora neminem constituere, *l. cum filiusf. §. vlt. ff. de verb. oblig. l. si soluturus, l. creditor, ff. de solut: & vbiq; Dd.* Quibus etiam de caussis corruere videtur cautela nonvllorum consulentium, vt creditor in libello expresse debitorem ipsum interpellet, vt soluat, & quatenus soluere cesset, eum condemnari petat, licet eandem sequi videatur *Alciat. in d. l. vin. n. 51. Loriot. in l. quod te, n. 14. ff. si cer. pet. & in libello de mora, §. secundum, vers. octauo, & in apisib. t. de mora, ax. 10.* Etenim si maxime sensissent, tum demum interpellatione in libello vel post eum oblatum facta moram ante litis contestationem induci, quando reus deliberauit, nec aliquandiu releuanti exceptione tutus est, nihilominus esset interpellatio supervacua, cum reus friuolis exceptionibus impediens litis contestationem sine interpellatione moram incurrat ea de caussa, quod lis habetur pro contestata ab eo tempore, quo primum contestatio litis ab eo subterfugijs illicitis impediri cœpit, *l. si enim, §. qui injuriar. vbi Dd. ff. si quis caut.* Eo † tamen casu illam sortiti 9
debitum effectum posse, non inficias iuerim, quando elapso deliberandi spacio, nec oppositis aut interlocutione determinatis exceptionibus per judicem stetit, quo minus lis contestaretur: tunc enim etsi lis aduersus debitorem pro contestata nequeat haberi, quia per eum litis contestatio non fuit impedita, tamen incurrere moram videtur propter antecedentem interpellationem ei factam, cum justa caussa differendi solutionem cesset finito deliberandi tempore, nec suppetentibus exceptionibus, *d. l. sciendum, ff. de vsur.* & cessante justa caussa, quæ aliquandiu moram impediuit, debitorem sine interpellatione noua vigore præcedentis interpellationis in mora constitui, sit ostensum exerc. proxime præced. lim. 6.

Ampl. 5. Nam in his caussis, in 10
quibus non est necessaria litis contestatio, vt cum simpliciter, ac de plano, sineq; strepitu & figura judicij proceditur, *Clem. sæpe, de verb. signif.* primus litigantium actus caussæ merita concernens atq; respiciens, vt vicem litis contestationis obtinet, *Bart. in l. ab executore, §. vlt. n. 2. vbi Ioan. de Imol. nu. 9. ff. de appell. Cyn. in l. properand. in pr. vbi Salic. n. 1. Castr. n. 6. Alex. n. 2. Ias. n. 7. & reliqui, C. de judic. Dd. in l. nullo, vbi præ cæteris Alexan. plurimos enumerat, deq; communi testatur, C. de procur. Ant. de Butr. in c. vn. vbi Abb. n. 6. & Socin. n. 94. sub fin. de litis cont. Afflict. decis. 346. n. 5. Ioan. Baptist. Asin. in prax. judic. § 17. c. 4. n. 4:*

nu. 4. plures referens, ita debitorem in mora constituit, quanti; plurimi æstimationi locum facit: quod sensisse videtur *Dd. loc. praecit.* Cum enim litis contestationis eam esse naturam constet, vt debitorem prius in mora non existentem in mora constituat, & illius loco surrogetur atq; succedat actio, quo primum caussæ merita litigantes aggrediuntur, eius etiam conditionem atq; naturam, vim scilicet in mora constituendi, induet, *l. si eum. §. qui iniur. ff. si quis caut. l. si donata, §. si sponsus, ff. de don. int. vir. & vx. cum similib.* Deinde huiusmodi actum operari omnes effectus, quos in ordinario iuris processu contestatio litis operatur, tradidit *post gl. in c. 1. ver. absentia, de elec. in 6. singulariter ab eo commendatam Ant. de Butr. in c. cum M. de constit. refert & sequitur Alexan. in d. l. nulla, numer. 2. Lud. Roma. consil. 240.* Quare moræ quoque constitutio, quę non infimum inter effectus litis contestatæ locum tenet, idem actui competat, necesse est, vel eo magis, quod alias ob defectum litis contestationis in huiusmodi caussis ante lapsum temporis, quod post rem judicatam condemnatis indulgetur, mora non committeretur, *l. in fideicommissi, ff. de vsur.* quantumvis iniustam litigandi caussam reus haberet, cum tamen jure nostro generaliter & indistincte traditum reperiatur, eum incurrere moram, qui litigare maluerit quam restituere, *l. nemo, §. si post, ff. de verb. obliga.*

11 Ampliat. 6. Etiamsi† lis duntaxat coram arbitro contestata fuerit, nihilominus in mora debitor per eam constituetur, & ratio æstimationis habebitur, *vt sensere Dd. in l. cum antea, C. de rec. arb. & Iason in l. 3. num. 11. ff. de eo per quem fact.* cum per text. *d. l. cum antea, vers. licet non,* ex quo non obscure patet, litis contestationem coram arbitro factam eosdem effectus producere, quos gignit litis contestatio judicialis: cum etiam, quod arbitria sint ad similitudinem judiciorum redacta, *l. 1. vbi Dd. ff. de recep. arb.* vt quod in judiciis dispositum reperitur, puta, quod in iis litis contestatio moram inducit, regulariter etiam in arbitriis locum habere dignoscatur, *per not. in d. l. 1. Euer. in loc. à jud. a d arb.*

Ampl. 7. Etiamsi † lis in contumaciam acceptetur pro contestata, perinde reus moram incurret & ad æstimationem quanti plurimi tenebitur, ac si rite vereque lis contestata fuisset, *per d. l. vn. l. vltim. ff. de condic. tri. l. hominem, ff. mand. l. adiles, §. item sciendum, ff. de adil. edic.* quod vix dubium habet, quando propter contumaciam rei conuenti lis acceptatur pro contestata, vt actore tale quid postulāte fit hodie secundum *Ordin. Camera, pag. 3. titu. 43. §. wo aber /* quamvis alioqui de jure communi contra reum contumacem lite nondum contestata ad sententiam definitiuam minime procedatur, *c. quoniam freq. §. in aliis, ubi glos. & Dd. ut lite non cont. Bvto. & Dd. in auth. qui semel, C. quom. & quando judex. Gaill. lib. 1. obseruat. 50. nume. 5.* Nec enim debet aut potest esse melior conditio contumacis, quam comparentis, qui cum in mora per litis contestationem constituatur, multo magis contumax per acceptationem litis pro contestata in mora constituatur oportet, *l. si ab hostib. §. 1. ff. solut. matri. l. siue hareditaria, vbi gl. ff. de nego. gest. l. ita demum, in pr. ff. de recep. arb. l. non fraudantur, §. nemo, ff. de regul. jur.* Illud paulo difficilius, quando actor ante litem contestatā contumax est, ante tunc quoque reus moram incurrat, simul atq; petitioni actoris contumacis libello annexę respondit? Ac licet actoris contumaciam contrahēdę morę impedimento esse, quis non abs re posset existimare, quod absurdū videatur, ei morā fieri, qui contumaciter ipsemet absit, tunc pręsertim, quando judicialis petitio vel maxime fieri debebat, *l. amp. ff. rem rat. hab. l. 2. ff. de vsur.* Verius† tamen esse videtur, hoc 13 quoq; casu reum committere moram: Tum 1. quia negari non potest, eum

cum litigare maluisse, quam restituere, quod qui facit, proculdubio moram incurrit, *l. nemo*, *§. si post moram*, *ff. de verb. obl.* Tum 2. quia siue statuatur, negatiua rei responsione ad libellum contumacis actoris fictam solummodo litis contestationem induci ratione contumaciæ, nihilominus admittendum erit, eam non minorē, quàm vera litis cōtestatio, vim obtinere, proinde in mora constituere, cum fictio tantum operetur in casu ficto, quantum veritas in casu vero, *l. 1. ff. de adopt. l. cum ex oratione, ff. de excus. tut. Gail. lib. 2. obseru. 127. nu. 6.* Siue asseratur, verā fieri litis contestationem, quod in Camera obtinuit teste *Gailio lib. 1. obs. 73. nu. 3.* magisq; congruere videtur imperiali constitutioni in *Ordin. Cam. p. 3. t. 42. §. wo aber* / regula iuris est, cui tantisper inhærendum donec in proposito casu contrarium manifeste doceatur, *secundum not. in l. 1. maxime per Dec. num. 6. ff. de regul. jur.* Tum 3. quod actoris contumacis, ac meliorem caussam fouentis ea tantummodo pœna sit, vt ad expensas litis, quas reus legitime se expendisse jurauerit, condemnetur, *l. properandum*, *§. & si quidem, vers. sin autem ex gestis, vbi Dd. C. de judic.* Non igitur vltra dispositionem legis in eo quoque grauari debebit, vt reus in mora litis contestatione minime constituatur. Tum 4. quia reus simet ipsi debet imputare, quod in caussa procedere maluerit, quam absolutionem á citatione vel obseruatione judicij petere, cum quidem hoc posteriore modo licite litis contestationem seu veram seu fictam vitare potuisset, *d. t. 42. §. wo aber* / *Dd. in l. consentaneum, & auth. qui semel, C. quom. & quan. jud. & in l. properand. §. & si quidem, C. de judic. & in c. caussam quæ, de dolo & contu. Gaill. lib. 1. obser. 50. nu. 4.* priore autem electo, liteque negatiue contestata, necesse sit, vt qui voluerit, adeoque peregerit antecedens, velit etiam singula, quæ ex eo necessario cōsequuntur, *l. 2. ff. de jurisd. & ibi Ias. not. per Dd. l. ad legatū*, *l. ad rem mobil. ff. de procur.* Tū 5. quia nec reus est expers culpæ, cum nec justā litigandi caussam habuisse ex post facto deprehendatur, nec actori debitum obtulerit, aut eo non apparente obsignauerit atque deposuerit, *l. si creditrici, l. si per te, l. acceptam, C. de vsur.* Nec est absurdum, contumaciter absenti moram fieri, cum mora & contumacia res plane separatæ sint, multumq; differentes, nec sibi invicem sic obstent, quo minus cæteris parib. vtraque concurrat, & ab vna parte illa, hæc ab altera sub idem tempus committatur: nec vllum propterea commodum creditor ex contumacia sentiat, cum non propter moram, sed litis contestationem ex aduerso intervenientem mora inducatur, eaque suboritura fuisset, etiamsi nunquam creditor absfuisset; adeoque non modo non prosit ei mora debitoris, verum etiam detrimentum inferat, in eo saltem releuetur, quod morator, cuius culpa damnum sentit, eum indemnem seruare judicis officio compellatur, *l. vn. ff. si cer. pet. l. in hac, & l. vlt. ff. de condic. trit. l. si ex legati, ff. de verb. obli. l. si seruum, in princ. & §. ult. ff. d. t.* Ac licet á parte contumacis actoris non interveniat expressa petitio, quo tempore negatiue reus respondet, non tamen eo minus tum judicio peti censetur, cum petitio libello subiuncta, quantumvis tempore præcesserit, tamen ad id tempus vires etiamnum suas porrigat, quo deliberandi spacium, & exceptiones oppositæ litis contestationi moræq; contrahendæ non amplius obstant, adeoque tunc demum propter inchoati judicii vim prior illa petitio, vere judicialis petitio fieri dignoscatur, vt perinde sit, ac si tum nominatim facta fuisset, *d. l. vin. l. 2. ff. de vsur. l. amplius, ff. rem rat. hab.* nec immerito libelli petitione, reique responsione, quantumuis tempore sejunctæ sint, propter animorum tamen litigare volentium, & instantiæ sese obligantium, *l. is qui se obtulit, ff. de rei vend.* concurrentiam simultanee

litis contestationem factam censeri tradiderunt post *Rot. decis. 6. num. 1. & de litis cont. in nou. Geminian. in c. fin. de lit. contest. in 6. Vbertus Zucher. ad rub. C. de pact. Cretus ad rub. ff. de verb. oblig. in 1. lectu. num. 14. Gaill. lib. 1. obseru. 73. num. 3. & seqq. Ioan. Bapt. Asinius in praxi judiciar. de litis cont. §. 17. c. 2. in pr. & num. 6.*

34 Ampl. VIII. Litis enim contestatio moram inducit, locumq; facit æstimationi quanti plurimi, licet omissa postmodum prosecutio litis & instantia peremta fuerit, *Angel. in l. si seruum, §. nunc videamus, vbi Ioan. de Imol. num. 7. Castr. num. 1. Alex. nu. 16. Aret. num. 22. Ias. num. 6. ff. de verb. obligat. Aret. in l. qui Romæ, §. Seia, nu. 21. vers. tertio adde, ff. de verbor. oblig. Bald. in l. 2. num. 7. & 8. C. de fruct. & lit. expens.* cum sit regula communis Alexandro teste *in l. 2. num. 17. C. de eden.* litis contestationem, prout etiam reliqua acta judicij ordinatoria, quoad effectus juris instantiam non respicientes sive concernentes, quales prædicti duo procul dubio sunt, minime perire, sed eosdem peremta instantia nihilominus durare, *per tex. ad hoc not. in l. vltim. C. de præscript. 30. ann. gl. in l. properandum, §. 1. verb. judicij, vbi Bart. & reliqui, C. de judic. Alexand. post alios in d. l. 2. num. 17. & in l. cum mota, num. 2. C. de transact. Ias. in l. 3. num. 11. ff. de eo per quem fact.* quod eo magis hic in vtroque effectu procedere videtur, ne secus opinantibus alterutrum sit concedendum, tempore nempe litis contestatæ moram esse commissam, sed postea cum instantia rursus abolitam, aut eo tempore moræ commissionem adhuc fuisse in suspenso, & à futuro eventu prosecutionis litis vnice pependisse: quorum prius absurdum esse quivis hinc animadvertit, quia mora semel commissa perpetuatur obligatio, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* nec illa, postquam fuit inchoata, fieri desinit, nisi oblatione vel satisfactione purgetur atq; tollatur, *l. parui, ff. de condict. furt. l. interdum, §. vlt. d. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. l. qui decem, ff. de solut. cum simil. Don. ll. in l. 2. nu. 8. C. vnde vi.* Posterius longe magis absurdum videtur, cum ita sit futurum, vt antequam constet, partes prosequi litem non desiisse, actu mora commissa dici nequeat, & iniquum sit, jurique contrarium, quenquam de periculo interitus & æstimationis decrescentis teneri pro eo tempore, quo nondum actu moram commisit, *l. Titia textores, §. vlt. ff. de legat. 1. l. is qui, 44. ff. de oblig. & act. l. si ex legati, l. cum filiusf. §. vlt. ff. ac vertor. obligat.* Atqui negari non potest, tum demum constare, partes non desiisse litem prosequi, quando sententia definitiua transiuit in rem judicatam, cum tamen sit manifesti juris, illico post litem contestatam periculum interitus ac deteriorationis ad reum pertinere, *l. nemo, §. si post moram, ff. de verb. oblig. cum simil.* Præterea non parum huc facit *l. trajectitiæ, ff. de oblig. & act.* vbi exacta pecuniæ parte peti desierat, nihilominus eius quoq; temporis, quo debitor interpellatus non esset, pœnam esse præstandam decidit Africanus, quia nempe sufficit ab initio diei vel hominis interpellationem ad moram inducendam intervenisse, licet instantia repetendi debiti non fuerit continuata. Loquitur quidem ICtus de petitione saltem extrajudiciali; sed cum ea tantas vires obtineat, vt moram pro eo quoque tempore perpetuet, quo creditor pro repetendo debito instare desijt, multo magis petitio judicialis, quæ longe fortior & efficacior est, *l. 2. l. lite, l. videamus, §. si actionem, ff. de vsuris.* & adjumento judicij cœpti, quasiq; contractus concurrentis corroboratur, *l. 3. §. idem scribit, ff. de pecul. l. cum fundus, in pr. ff. si cer. pet. l. ædiles, §. item sciendum, ff. ae ædil. edict. cum simil.* continuabit moram, etiamsi creditor litem postea non vsq; ad finem prosecutus fuerit, *arg. d. l. traject.* Sed in eo quidem, qui casu quopiam fortuito superveniente præpeditus, vt maxime velit, prosequi litem nequit, minus

minus hæc ampliatio dubitationis habet, siquidem foret iniquum, creditorem in eo satis alioqui grauatum, quod institutæ litis prosecutionem propter impedimentum supervenientens invitus omittere sive differre cogitur, vlterius etiam in eo onerari, ne quicquam ipsi ad consequendam damni, si quod evenerit, resartionem prosit, ad litem vsq; contestatam processisse, reumq; in mora constituisse, cum præsertim difficultas ipsa eum abunde hac in parte excuset, *l. quod te, ff. si cer. pet. l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de vsur. d. l. trajectitia, vers. alioquin, ff. de*
15 *obli. & actio.* Maior † in eo difficultas est, qui post litis contestationem casu fortuito non impeditus, litem quam continuare poterat, sua sponte prosequi desijt: huic enim contestationem litis, ne quidem quo ad effectum juris, nempe interruptionem præscriptionis, quicquam prodesse, censuit post *gl. in c. placuit, §. quod si per naturalem, verb. placuit, 16. q. 3. Lud. Rom. in l. 3. ff. de eo per quem fac. & in l. si vero, §. de viro, fall. 24. ff. solut. matr. per tex. d. l. vlt. C. de præscr. trigin. vel quadrag. ann. & l. nam etsi parentib. §. 1. ff. de inoff. testa.* Quod si verum, pariter id consequi videtur, ei litis contestationem nec ad constituendum in mora debitorem prodesse, propter eandem, sponte scilicet omissæ prosecutionis rationem vtrobiq; subsistentem. Sed opinionem Lud. Romani valde dubiam reddit *gl. in d. l. vlt. asserens, quod eadem fuerit opinio cuiusdam glossatoris antiqui, verum omnes alios contrarium dixisse: sequitur ibid. Salic. nu. 1. referetq; Ias. in l. 3. n. 11. ff. de eo per quem fac.* & tex. *d. l. vlt.* etsi casuum meminerit, tamen non tam eos, qui necessitatem litis omittendæ inevitabilem important, quam qui solummodo prosecutionem aliquanto difficiliorem, duriorem sive minus expeditam reddunt, Imperatorem intelligere, liquet partim ex duobus ibidem specialiter expressis, partim etiam inde, quod agere sive litem prosequi neutiquam valenti, ne quidem jure veteri currebat præscriptio, *l. 2. l. si possessio, C. quib. non obijc. longi temp. præscr. l. & Attilicin. ff. de servit. rust. præd.* cum tamen Imperator *in d. l. vlt.* nominatim eo de casu loquatur, quo secundum jus vetus actor ob litem non prosecutam jure suo lapsus opposita sibi exceptione suas fortunas ad alium translatas videns, merito sine remedio lugebat. Vnde cum non de his, qui necessitate inevitabili adacti, sed de ijs, qui libera voluntate ad evitandam supervenientem difficultatem sive commodioris temporis expectatione litem, quam continuare, licet non absque difficultate quadam sive incommoditate, poterant, prosequi desinunt, tex. *d. l. vlt.* agere videatur, nec sit præsumendum, actorem cuius vel maxime interest, litem celeriter expediri, minime protelari, temere sineq; graui caussa litis semel institutæ prosecutionem omittere, non magis ea lege Romani opinio juuari potest, quam textu *d. l. nam etsi, §. 1. ff. de inoff. testa.* qui non de simplici omissione prosecutionis litis, sed de remissione præparatæ litis agit, prout liquido patet, cum ex eo, quod mutatæ quo ad litem præparatam voluntatis meminit, quæ mutata minime fuisset, si actor duntaxat in præsentia litis prosecutionem differre, postea rursus prosequi voluisset: ita namq; solummodo quo ad tempus prosecutionis, non item quo ad ipsam litem præparatam, quam ICtus vnice considerat, voluntatem mutasset: tum, quia negat hæredi eius querelam de inofficioso dari, quæ minime denegaretur illi, nisi animo remittendi querelam defunctus à lite præparata destitisset, *arg. l. cum mota, C. de transact.* Quin etsi vera esset Romani sententia, neutiquam tamen ab interruptione præscriptionis ad moræ commissionem firma foret consequentia, quia licet vtraq; numeretur inter effectus litis contestatæ, & vtrobique omissa litis prosecutio supponatur, tamen ambæ rationes extensionis nostræ nō minus in eo, qui sua sponte,

quam

quam qui necessitate adactus litem non prosecutus est, militantes, in mora non idem, quod in interruptione obtinere plus satis evincerent, vel eo magis, cum litis contestatio, quando cum reliquo processu propter instantiam peremtam intercidit, saltem vt extraiudicialis petitio, quæ prosecutionem haud exigit, moram tamen inducit, sustineri posit, secundum ea quæ sequenti ampliat. dicenda manent.

15 Amplia. 9. Etiamsi † litis contestatio de iure sit inualida, tamen ex eo tempore debitor in mora esse intelligitur, & æstimatio quanti plurimi debetur. *Iac. de Are. in l. in minorum, C. in quib. causs. in int. rest. Bald. in c. 1. num. 4. de milite Vasall. qui contum. Aret. cons. 150. visis. Dec. in l. vinum, num. 14. ubi Alciat. nume. 51. Bolognet. nume. 46. ff. si cert. pet. quib. etiam M. Anton. Bauer. (sub dubio tamen) subscribit in trac. de mora, pagin. 1. num. 21. & 22.* Quamuis enim quod nullum est, de iure non debeat vllum effectum sortiri vel operari, *l. si duo patroni, §. idem Iulian. ff. de iuretur. l. Titia textores, ff. lega. 1. c. final. de feriis, cum simlib. Gall. de arrestis, imper. c. 11. num. 14.* & creditor isto casu præ extraiudiciali interpellatione, quæ valide potuisset ab eo fieri, elegerit viam judicialis interpellationis, quæ tamen invalide facta est, vt in eum quadrare videatur regula, noluit quod potuit, & quod voluit, implere nequiuit, *c. cum super, in fi. de off. de leg. l. 3. ff. de reb. cub.* tamē hactenus isthæc vera sunt, nisi quod est inualidū, posit aliquo alio, quam quo agitur, modo sustineri de iure: Sic litis contestatio, quando vt litis contestatio siue petitio judicialis valere nequit, nihilominus vt petitio siue interpellatio saltem extraiudicialis valet atq; sustineri de iure tam potest quam debet: Id enim flagitat regula: quod non valet vt agitur, eo modo valere debet, quo sustineri potest, *l. an inutilis, ff. de acceptil. l. si vnus, §. si acceptilatio, ff. de pact. cum simlib.* cui tanto magis in proposito locus, cum non tam versemur in casu dubio, quam quod e verisimili voluntate actoris petitionem suam judicialem cupientis eo, quo potest, modo valere, non obscure liquet: Quando enim cum reo litem contestatur, id agit, vt consequatur ab eo debitum, & in euentum non subsecutæ solutionis, vt a moratore deinceps indemnis seruetur: Ad eundem finem cum dirigatur etjam atque conducat petitio extraiudicialis, ambigendum non est, eum petitionem, quæ valere nequit, vt judicialis, saltem vt extraiudicialem valere omnimodo voluisse, *prout in simili tradit post alios Donell. in l. 1. §. si quis ita, num. 4. ff. de ver. obl.* Quibus accedit, quod in specie traditum reperitur, actum in judicio celebratum, si valere nequeat vt judicialis, nihilominus vt extraiudicialem valere atque sustineri, *Bart. in l. cum scimus, C. de agric. & censit. lib. 11. Alex. in l. magistratib. ubi Jas. n. 4. & reliqui, ff. de jurisd. Panor. & cæteri in c. at si clerici, de judic. Ripa. in l. 1. §. si quis ita, nu. 20, ff. de verb. obl. etsi dissenserit gl. in l. si putas, C. de petit. her.* Cumque litis contestatione siue judicio inualido tam petatur, quam valido, ac petitionem, quæ non est judicialis, necesse sit esse extraiudicialem, hæc autem non minus quam judicialis interpellatum in mora constituat, *l. mora, in pr. ff. de vsur. l. si ex legati, ff. de verb. ob.* & petitio judicio inualido facta nequeat esse judicialis proinde necessario sit extraiudicialis, consequens est, eam in mora non minus, quam judicialem constituere. Deniq; in judiciali petitione, quæ litis demum contestatione fieri intelligitur, *l. vin. ff. si cer. pet. l. 2. ff. de vsur. l. amplius, ff. rem rat. hab.* duo concurre dignoscuntur, vt & petatur, & judicio petatur, quorum alterum ab altero separationem recipere potis est, per textum in simili casu loquentem *in l. Celsus, §. idem ait, ff. de recept. arbi.* Vnde licet alterum, nempe quatenus judicio petitur, minime subsistat, tamen ipsa per sese

petitio valere potest atq; subsistere, *arg. d. l. Celsus, §. idem ait,* cum vtile per inutile non vitietur in his, quæ separationem admittunt, *c. utile, vbi Dyn, & reliqui, de reg. jur. in 6.*

17 Ampliat. 10. Siue † reus actione in personam, siue in rem conueniatur, nihilominus vbi frustrario nondum interuenit, per litis contestationem in mora constituetur, indeq; ad æstimationem quanti plurimi tenebitur: & in actione quidem in personā, res est indubitata, *per jura supra in prin. adducta*: in actione autem reali non minus id procedere liquet, cum ex generalitate, *l. nemo, §. si post, ff. de verbor. obligat.* quem text. actiones reales potissimum concernere atque respicere arguit verbum restituendi dominium regulariter in eo præsupponens, cui restituitur, *l. qui restituere, ff. de rei vend.* tum etiam *per l. non solum, l. item si verberatum, §. ult. l. praeterea, ff. de rei vend. cum concordantib.* & alioqui per sese clarum est, eum qui scienter alienam rem ad condemnationem vsque retinet, non melioris esse conditionis posse, quam qui sciens rem duntaxat alteri debitam eo vsque retinet, cum non minus peccet, qui domino suum restituere detrectat, quam qui fidem conventionis non obseruat, *l. qui restituere, ff. de rei vend. l. tutor, ff. de in lit. jur. l. 1. ff. de const. pecu.*

18 Ampliat. 11. etiamsi † litis contestatio fiat super obligatione alternatiua, nihilominus mora, nisi dudum commissa sit, per eam inducetur, & illius rei, quam elegerit reus, æstimatio, quanti à tempore litis contestatæ plurimi fuerit, spectabitur, cùm per regulam *d. l. nemo, §. si post juncta regula l. ult. ff. de condic. trit. l. hominem, ff. mand. l. 3. §. in hac, ff. commod.* & rationem *l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* tum etiam, per ea quæ pro confirmatione ampliat. 15. proxime præced. exerc. aduersus Salicet. adducta fuere, maxime vero per *tex. l. qui Romæ, §. cohæredes, ff. de verb. obligat.* Etenim si extrajudicialis interpellatio, quæ suapte natura infirmior est, alternatiue debentem in mora constituit, æstimationi locum facit, quanto magis eundem sortietur effectum litis contestatio, quæ multo fortior est, nec facile sine commissione moræ fieri potest, *l. in fideicommissi, in princ. ff. de usur.*

Ampl. 12. Etiamsi † litis contestatio super eo fiat, quod jure actionis peti nequit, officio saltem judicis adjudicandum venit, moram nihilominus inducit, & æstimationi quanti plurimi locum facit, *Bald. in l. 1. nu. 4. ubi Castr. nu. 2. Ias. nu. 8. ff. de jurid. Bart. in l. si ex legati, n. 8. vbi præ cæteris Aretin. num. 6. Castr. num. 3. Ias. nu. 16. ff. de verb. obl. Idem Bart. in l. cum postulassem, in princ. ff. de damn. infec. Cast. in l. qui per conclusionem, §. pretij, num. 4. ff. de actio. emt. Salicet. in l. mora, nume. 7. ff. de vsur. Ias. in l. quod te, numer. 21. vbi Loriot. num. 14. ff. si cert. pet. Alcia. in l. vinum, num. 52. ff. d. t. Loriot. in apicib. tit. de mora, ax. 7. & in lib. de mora, §. secundum, vers. secundo, Ioan. Saporta de mora, c. 2. nume. 37. Mascard. de proba. vol. 2. concl. 1070. nume. 15.* Pro qua sententia primò tex. *in l. si minor, 34. in princ. ff. de minor.* vbi per minorem officio judicis implorato, siue petita in integrum restitutione aduersus filiumfam. minorem, qui pecuniam ab illo sibi creditam impune consumit siue perdit, tenetur filiusfam. de pecunia consumta siue perdita, non ex eo demum tempore, quo per decretum siue sententiam judicis restituere jussus est, verum protinus ex tempore litis contestatæ, vt quatenus ex pecunia tunc locupletior inuenitur, tantum postea reddere compellatur, etiamsi post litem contestatam inde vel in totum vel ex parte locupletior esse desierit ante sententiam siue jussum judicis. Quod si minor ætas eum, aduersus quem judicis imploratur officiū nequit excusare, quo minus de pecunia post litē contestatam, 19

sed

sed ante jussum judicis perdita teneatur, multo magis qui destituuntur privilegio minoris ætatis, per litis contestationem super implorato judicis officio factam in mora constituetur, deque periculo interitus ac decrescentis æstimationis tenebuntur. Secundò tex. *in l. si finita, §. eleganter, ff. de damn. infec.* vbi judicialiter interpellatus de præstanda cautione damni infecti, teneatur de damno interim, dum prætor de danda stipulatione deliberat, eveniente, quod resarcire minime teneretur, nisi petitione judiciali fuisset in mora constitutus, *l. evenit, l. cum postulassem, ff. de dam. infec.* Interpretes quidem plerique fingunt, illic propter subterfugia sive tergiversationes interpellati factum esse, quo minus ante ruinam caveretur: Sed est tutius, ac textui convenientius, eum simpliciter, vt verba sonant, cum *Zasio lib. 1. singul. respons. c. 17. & Cuiac. tr. ad Afric. 8. in d. l. cum postulassem*, intelligere, cum illa restrictio non sit expers divinationis, nec diu sive multum deliberare consueverit prætor de danda stipulatione, cum reus tergiversatur, & cautionem subterfugere conatur, quod vix quisquam tergiversetur, nisi caussæ diffidat, & cavendi necessitatem sibi impositam iri certo statuat, ac *l. evenit, & l. prætor, §. hoc edictum, ff. de damn. infec.* quibus interpretes præcipue moventur, haud probent damnum post petitionem pro tribunali factam eveniens ante cautionem non esse resarciendum, sed id tantum evincant, edictum prætoris prospicere saltem damno nondum facto, nihil ad damna jam facta pertinere, quippe quod certam conditionem habet, si postulatum, hoc est, pro tribunali petitum est, vt damni infecti caveretur, *l. dies, §. hoc autem, ff. de damn. infec.* vt proinde cum eam conditionem actor impleverit, merito damnum postea, licet ante decretum contingens, ei resarciendum veniat, *d. §. eleganter, & arg. d. §. hoc autem.* Tertio comprobatur *arg. d. l. cum postulassem*, qua cum Africanus asserat, eum qui damni infecti sibi caveri extra judicium petijt, & ante quam pro tribunali peteret, damnum ruina vicinarum ædium sensit, ideo damni resartionem consequi minime posse, quia tardius experiri cœperit, à contrario sensu sequitur, eï qui citius sive prius quam vicini ædes ruerent, experiri cœperit damnum pendente judicio eveniens, esse omnimodo resarciendum. Quarto suffragatur *l. nemo, §. si post, ff. de verb. oblig.* qua moram fecisse perhibetur, qui litigare, quam quod ab eo in judicio petebatur, præstare maluit: hoc cum a sese factum esse, non possit is inficias ire, contra quem officium judicis imploratum fuit, moram commiserit oportet, simul atq; mediante litis contestatione judicium suscepit. Denique notissimi juris est, dispositũ super eo, quod jure actionis debetur, extendendum esse ad id, quod officio judicis exigendum venit, quoties eadem est vtrobique ratio, *l. sed etsi susceperit, §. vlt. ff. de judic. Francisc. Aret. in l. 1. n. 4. vers. pro ista, ff. de lega. 1.* Atqui æstimationis, quanti plurimi fuerit à tempore litis contestatæ, propterea potest ac debet haberi ratio in his, quæ jure actionis debentur, quia judici statim, atque lite contestata judex factus est, omnium rerum sive accessionum officium incumbit, quæcunq; in judicio versantur, *l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* quæ ratio peræque obtinet in his, quæ extraordinaria persecutione sive judicis officio duntaxat implorato petuntur, quia rum quoq; litis contestatione judicium inchoatur, & consequenter judici non minus accessionum, quam rei principalis officium incumbere dignoscitur, vt proinde in ijs etiam æstimationi quanti plurimi locum faciat litis contestatio. Deniq; pro hac parte militat vulgata juris regula, post litem contestatam omnem caussam, sive quicquid habiturus esset petitor, si tempore litis contestatæ solutum ei fuisset, præstari oportere, *l. præterea, ff. de*

ff. de rei vend. l. cum fundus, ff. si cert. pet. l. 2. ff. de vsur. cui procul dubio, quoniam ratio diversitatis inter ea, quæ principaliter officio judicis, & quæ jure actionis debentur, vix reddi potest idonea, etiam in proposito standum erit, *l. à Titio, ff. de ver. obli.* Nam quod *Bart & Dd. in l. vbi, §. is autem, ff. de edend.* (*quorum opinionem credit esse* veriorem *Bauer. de mora, p. 1. num. 20. per l. non justam, C. ad Trebell.*) exigere videntur decretum sive jussum judicis, etsi nitantur tam textu ibidem, quam illa ratione, quod ante nondum nata videatur firma vel efficax obligatio, *arg. l. obligamur, §. jure honorario, ff. de oblig. & act.* subsistere vix potest, vt præ cæteris notat *Aretin. in d. l. si ex legati, num. 6.* cum *d. §. is autem*, nihil ad propositum faciat, siquidem de interesse, quod jure actionis debetur, agit, quo casu constat, ad id solummodo tempus æstimationem eius quod interest referri, quo committitur sive suboritur obligatio ad interesse, *l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. fundum, ff. de nouat.* id quod illic tum demum fit, cum vt edatur, a prætore decernitur, nec tamen editur, *d. §. is autem*, nec in *d. l. non justam*, negetur, in mora esse hæredem, qui temere litigare, quam ante jussum sive decretum judicis restituere maluit, & conventus officio judicis, etsi ante decretum nondum ad id, quod petitur, proprie obligatus videatur, quatenus id quidem officio judicis debetur, quia tamen ita judicio, sicut stipulatione contrahitur, *l. 3. §. item scribit, ff. de pecul.* jam tum quando lis contestatur, obligari videtur ad id, quod sententia sua judex pronunciauerit, is vero non minus æstimationis, quanti ea plurimi fuit à tempore, quo judex caussæ factus est, quam rei principalis in judicando rationem habere consueuit, *d. l. ædiles, §. item sciendum, l. 2. ff. de vsur. l. cum fundus, ff. si cert. pet.* nisi justam litigandi caussam reum habuisse deprædendat, *l. in fideicommissi, l. sciendum, l. si quis solutioni, ff. de vsur. juncta l. quod te, ff. si cert. pet. l. illud, ff. de petit. hered.* mirum non est, reum vel ante judicis decretum à tempore litis contestatæ in mora fuisse censeri, & ad æstimationem quanti plurimi teneri, præsertim cum probe nouerit, efficaciter contra sese factam esse petitionem ad judicem, qui solvendi necessitatem decreto suo sit omnimodo impositurus, quodq; à sese invito directe nequiuerat exigi propter obligationis civilis defectum, per indirectum jure permittente firmiter implorato judicis officio exigi, ac proinde justa caussa subiit, propter quam intelligere deberet, se dare oportere, *l. quod te, ff. si cert. pet.* ac petitionem validam, nisi citra tergiuersationem solvatur, mora sine dubio sequatur, *arg. l. nulla intelligitur, ff. de reg. jur. & l. si pupillus, ff. de verb. oblig.*

Limit. autem conclusio nostra primo; quando justam litigandi caussam reus habet, litis contestatione moram non incurrit, nec adversus ipsum æstimationis, quanti ab eo tempore plurimi fuerit, haberi potest ratio, *gl. in l. item si verberatum, in fin. & ibid. Dd. ff. de rei vend. Bart. in l. 3. §. in hac, num. 7. ff. commod. Salic. in l. quod te, num. 18. 20. & 21. vbi Castr. num. 11. Iaf. n. 28. Decius, n. 15. Ripa n. 31. Cagnol. n. 78. Loriot. num. 2. Bolognet. num. 71. & 73. ff. si cert. pet. Castr. in l. qui solidum, num. 2. ff. de legat. 2. Ioan. de Imol. in l. nemorem, §. si post, num. 3. vbi Alex. nu. 1. & 2. Iaf. num. 5. Zaf. nu. 16. Duar. ff. de verb. oblig. Castr. in l. vinum, nu. 9. vbi post alios Alciat. nu. 53. Loriot. nu. 38. ff. si cert. petat. Franc. Aretin. in l. cum res, §. vlt. nu. 4. vbi Alex. num. 1. ff. de lega. 1. Dec. in l. qui sine dolo, num. 2. ff. de reg. jur. Donell. in l. in hac, num. 15. vers. nec de eo, & num. 26. vers. quod si volent, ff. de condic. trit. Lud. Roman. consil. 244. Natta consil. 509. num. 1. & 2. to. 3. Crauet. consil. 789. n. 2. & 4. & consil. 837. num. 16. 17. 18. lib. 5. Ferret. de mora, num. 47. vers. sed quomodo. Stephan. Forcat. de mora, p. 2. numer. 24. & 43. Tiraquell. de retract. consang. §. 4. gl. 2. numer. 1. Bron h. ἐναντιοφ. centur. 1. assert. 48.* Quæ sententia comprobatur ex *l. in fideicommissi, ff. de vsur.* 20

quæ

qua negat Papinianus, in iudicio committi moram, quando iusta quæpiam caussa, puta, ratio legis Falcidiæ intervenit: Falcidia namq; iustam retinendi caussam præstat, donec facta computatione deducatur aut satisdetur, *l. 1. ff. si cui plus, quam per legem Falc.* Rursus ex *l. si quis solutioni, in pr. ff. de usur.* quæ iuste ad iudicium prouocantem negat fecisse moram: Hoc enim si verum in eo, qui liti caussam prouocando præbet, vt est verissimum, certe vel magis vel æque verum sit oportet in eo, qui prouocatus ab alio iuste litigat, cum vt illic prouocandi, ita hic litigandi ratio iusta subsit, quæ efficiat vtrobiq; ne conuentus moram fecisse videatur. Quod si caussa iusta impedit, ne mora vel tacita diei, vel expressa hominis interpellatione commissa censeatur, ratio nulla est, cur propter eandem iudicio intervenientem non similiter impediri mora statuatur, *l. à Titio, ff. de ver. oblig.* cum præsertim litis contestatio moram ideo, quia vim petitionis sive interpellationis obtinet, inducat, *l. illud, ff. de petit. hære. l. 2. ff. de vsur.* & in iudicijs alioqui sit caussa rei conuenti fauorabilior, quam actoris, *l. fauorabiliores, ff. de reg. jur.* & esse proniores debeamus ad liberandum, *l. Arrian. ff. de obli. & action.* Quomodo vero moram is committeret, cui culpa vix vlla imputari potest, quamdiu sese adversus intentionem actoris iusta ratione tuetur, siquidem ratio sive caussa iusta culpam excludit, eoq; litigantem ab expensis liberat, *l. qui solidum, §. etiam respub. ff. de lega. 2.* Et quid iniquius, quam debitorem iusta litigandi caussa fretum, aut detrimentum rei sive quanti vnquam ea plurimi tempore iudicij fuerit, resarcire, aut propter metum huius periculi temere jus suum indefensum relinquere, *l. illud, ff. de petit. hæred.* Quod enim de re, quæ tota perijt, dictum est *in d. l. illud, & alibi passim,* id exempli caussa plerumq; dictum intelligitur, vt ad eam quoq; pertineat, quæ facta est deterior, *l. si seruus, §. si seruus, ff. de legat. 1.* cum vtilitas rei totius, ita partis rei vel vtilitatis eius hic damnum emergat, *Donell. in l. in hac, n. 27. vers. de re qua tota, ff. de condic. trit. Anton. Faber de error. pragm. decad. 16. err. 5.* Sed quod antea non semel de caussa moram impediente fuit inculcatum, per eam tamdiu frustrationem inhiberi, quamdiu caussa illa durat, & subsistit, simul atq; desijt esse, moram illico citra nouam interpellationem suboriri: idem † hac 22 etiam in parte licet animaduertere, quando litigator progressu temporis justam litigandi caussam habere desinit ante sententiam: tunc enim nisi confestim a lite desistat, creditori satisfaciat, vigore litis contestationis antea factæ citra nouam petitionem illico moram incurrit, ac pro futuro tempore ad æstimationem quanti plurimi tenetur, *vt sensisse videtur præ cæteris Ripa in l. quod te, n. 32. vers. ex quo infertur, ff. si cer. pet.* satisq; patet, cum per ea, quæ exerc. 12. lim. 10. sub fin. & exerc. 13. lim. 6. adduximus: tum etiam, quod in expensis idem juris obtinere videmus, a quibus tamdiu justa litigandi caussa excusat, quamdiu durat, posteaquam subesse desijt, pars nihilominus litigare perseuerans à futuri temporis expensis non est immunis, secundum sententiam communiter ab omnibus approbatam teste Decio *in l. qui in alterius, n. 7. ff. de regul. jur.* qui frustra sese cœteris opponit illa ratione motus, vt contenderet, litigare perseuerantem ad expensas etiam anterioris temporis condemnari oportere, quod verisimile sit, eum qui non desistit a lite, postquam desijt habere justam litigandi caussam, etiam ab initio litigaturum potius fuisse, quam restiturum, si justa litigandi caussa tum defuisset. Præterquam enim quod ista conjectura est admodum fragilis & incerta, cum quisq; sit facilior & procliuior ad prosequendam litem pendentem, quam ad nouam instituendam vel suscipiendam, & in caussa, cuius defensionem quis, nisi victoriam sibi spopondisset, ab initio minime

me suscepisset, si sit huc vsq; processum, vt breui sit iudex eam determinaturus, nemo non tantisper in lite perseuerare malit, quam sponte desistendo caussam iam diu ventilatam perdere, semperq; meliorem in partem fieri præsumtio debeat, illud etiam Decio non parum obstat, quod non tam quid facturus, quisquam fuerit, quam quid in rei veritate factum sit, spectari, *l. vulgaris, §. qui furti, l. inter omnes, §. recte, ff. de furt. l. cogitationis, ff. de pan. & simil.* nec pœna delictum egredi debeat, *l. rescriptum, vbi Bart. & Dd. ff. de his qua ut indig.* id quod omnimodo fieret, si propter deficientem posteriore tempore justam caussam, etiam ad expensas litis anteriore tempore, quo justam litigandi caussam habuerat factas teneretur, contra *l. qui solidum, §. etiam, ff. de legat. 2.* vt proinde jure merito erroneam Decij opinionem reprobauerit *Cagnol. in d. l. qui in alterius, numer. 22.* Quæ vero sint justæ litigandi caussæ, propter quas litis contestatio moram non inducat, præsentis instituti non est, peculiariter examinare: Iudicis illud arbitrio determinandum relinquitur, *Bald. in auth. generaliter, C. de episc. & cler. & in l. 1. C. de aduoc. diu. jud. & in l. generaliter, §. 1. C. de reb. cred. per §. oportet, in auth. de judicib. Alexan. in l. properandum, §. sin autem alterutra, num. 17. C. de judic.* Pro cuius informatione multa quo ad dignoscendam litigandi caussam justam *Dd. tradunt in d. l. properand. §. sin autem alterutra, & in c. finem litib. de dolo & contu. Couar. lib. pract. quæst. cap. 27. numer. 3. & 4. Menoch. de arbitr. judic. lib. 2. casu 177. Ioa. Bapt. Asinius in praxi judic. p. 1. §. 32. 1. de expens. litm. 2. cum seqq.*

22 Limit. secundò, si petitio creditoris & responsio debitoris coram arbitratore instar litis contestationis fieret, hæc in mora debitorem non constitueret, multo minus ad æstimationem quanti plurimi præstandam astringeret: Non enim ea valet, vt legitima litis contestatio, siquidem talis non habet locum coram arbitratore, coram quo non est judicium, nec quiddam simile judicio, *l. si ita, cum l. seq. ff. pro soc. l. si libertus, ita, ff. de operis libert. c. veniens, & c. Quintaualiis, de jureiu. Hartm. Hartm. lib. 2. t. 2. de arbitr. obseru. 1.* quique non assumitur loco judicis, vt arbiter, *l. Pompon. aliàs, si de meis, §. recepisse, ff. de recept. arb.* sed ad eum finem duntaxat eligitur, vt citra ordinem judiciarium, sineque solennitate juris amicè controuersias ex bono & æquo dirimat, *l. societatem, §. arbitrorum, ff. pro soc. d. l. si libertus, d. c. veniens, & d. c. Quintauall. vbi Dd. Hart. Hartm. d. obseruat. 1. Gaill. lib. 1. obseru. 150. num. 4. & seqq.* Nec sustineri potest in vim interpellationis extrajudicialis, cum, quia debitum non est omnimodo liquidum, alioqui superuacaneum foret alterius arbitrium: tum, quia partes mutuo consensu eligentes arbitratorem componendæ controuersiæ, id agunt, vt in id modo, quod hic fuerit ex æquo & bono arbitratus, alter alteri teneatur, *d. l. si ita, cum l. seq. d. l. si libertus ita, l. si quis arbitratu, & ibi not. per Dd. ff. de verb. oblig.* Vnde cum ab electi, vt boni viri arbitrio dependeat, quantum alter alteri præstare debeat, absurdum fuerit, antequam is arbitretur, debitorem petitione coram arbitratore facta interpellatum adeoque in mora constitutum censeri, *l. cum filiumfam. §. vltim. juncta l. si pupillus, ff. de verbor. oblig.* præsertim cum partes referendo sese ad arbitratum alterius, distulerint soluendi necessitatem, donec arbitrium fuerit subsecutum, *d. l. si ita, d. l. si quis arbitratu, l. cum stipulatus, ff. de verbor. obligat.* Tum, quod illa partis vnius petitio, alterius responsio facta sit ea duntaxat intentione, vt arbitrator eo, quod inter partes nondum conuenit, rite cognito, commodius æstimare queat, quantum ex bono & æquo alterum alteri præstare oporteat, *d. l. societatem, d. l. si libertus ita,* vt proinde non debeat suscipiendo vim

vim extrajudicialis interpellationis intentionem partium egredi, *l. non omnis. ff. si cert. pet.* Denique vel ideo moram inducere nequit istiusmodi interpellatio, quia nec cæteros effectus litis contestatæ, puta, interruptionem præscriptionis, ea producere potis est, *Olar. consil. 176. Ioan. An. in add. ad Specul. t. de litis contest. §. effectus. Bald. in l. cum antea, num. 11. C. de recept. arbitr. Panorm. in c. illud, num. 17. de præscrip. Ias. in l. 3. num. 11. ff. de eo per quem fa.*

23 Limit. III. Quando propter subterfugia sive tergiuersationes rei conventi, quo minus lis cum eo contestari posset; tunc enim ex eo tempore, quo per ipsum stetit, quo minus litis contestatio fieret, in mora solvendi fuisse intelligitur, & adversus eum æstimationis quanti plurimi ratio habetur, *tex. est not. in l. electio, §. vltim. ff. de noxal. act.* vbi dominus, per quem stetit, quo minus judicium acciperet, servo, cuius ob noxam conveniebatur, interim ante litem revera contestatam decedente, perinde tenetur, ac si servus in vivis adhuc esset, cuius alioqui liberatus interitu foret, si prius ille decessisset, quam vel contestata lis fuisset, vel per dominum factum esset, quo minus judicium acciperet, *d. §. vltim. l. Titia textores, in fin. ff. de legat. 1. l. si quis, ff. de oblig. & actio.* Nec id evidenti ratione juris caret: Cum enim litis contestatione id agatur, vt reus actori satisfaciat potius, quam litiger, nisi morator esse, pœnasq; moræ præstituras sustinere malit, *l. 2. ff. de vsur. l. nemo, §. si post, ff. de verbor. obligatio.* & conventus litis contestationi sive judicio accipiendo moram faciat, *d. l. electio, in fin.* vi consequentis etiam solutioni, cuius illa differendæ facultatem vlteriorem abrumperet, omnimodo moram facere videtur, *argument. l. sed etsi, §. est prætor, versic. quo casu & hæc, ff. ex quibus causs. maio.* ac proinde periculum æstimationis postea decrescentis merito subire tenetur, vel eo magis, cum ne quidem per indirectum admitti sive tolerari debeat, quod directo prohibitum reperitur, *l. non quod, §. sed virum, l. cum mandatu, ff. de minor. c. cum quid vna, de regul. jur. in 6.* Rursus ille morator censetur, qui propter aliquam justam caussam intelligere potuit ac debuit, se dare contestim oportere, *d. l. quod te, ff. si cert. petat.* Quando vero actor id modis omnibus agit, vt litem cum reo contestetur, eaque ratione ipsum vel ad solvendum adigat, vel in mora constituat, reus illicita subterfugia quærens, ac tergiuersatione sua litis contestationem impediens, justam procul dubio caussam habet, propter quam intelligere deberet, se citra vlteriorem dilationem solvere oportere: quare ambigendum non videtur, eum esse moratorem, ac de periculo interitus & æstimationis decrescentis teneri, *d. l. quod te, l. si servum, §. si servus, ff. de legat. 1.* Accedunt vulgatæ juris regulæ, quod in omnibus caussis pro facto accipiatur, in quo per alium mora sit, quo minus fiat, *l. in omnibus, 39. ff. de regul. jur.* quodque imputari nec possit nec debeat ei, per quem non stat, si non faciat, quod per eum faciat faciendum, *c. imputari, de regul. jur. in 6.* & quicunque sub conditione obstrictus, vti sub conditione, si fuerit interpellatus, nec solverit, debitor de periculo deteriorationis & interitus tenetur, *l. si servum, §. si servus, ff. de legat. 1. l. si ex legato, ff. de verbor. obligat.* curauit ne conditio existeret, prout curauit, qui tergiuersatione sua effecit, ne judicium acciperet, sive litis contestatio fieret, nihilominus obligetur sive teneatur, *l. in executione, §. vlt. ff. de verbor. obligat.* cum sit jure civili receptum, vt quoties per eum cuius interest, conditionem non impleri, fit, quo minus impleatur, perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset, *l. jure civili, ff. de condict. & demo. l. in jure civili, ff. de regul. jur. c. cum non*

stat, de reg. jur. in 6. cum concor. Quibus tanto magis in proposito locus esse debet, ne subterfugienti sive tergiuersanti dolus alioqui suus per occasionem juris ciuilis contra naturalem æquitatem ad evitandam detrimenti subsequentis resartionem, & id genus alia, quæ mora secum trahit, incommoda à sese in alterum immerentem avertenda prosit, *l. sive hereditaria, ff. de nego. gest. l. ne ex dolo, ff. de dol. l. si is ni, ff. ex quib. causs. mai. l. ita demum, ff. de rec. arbi. l. 1. §. ideo, ff. de doli except. l. non fraudantur, §. nemo, ff. de regul. jur.* Deniq; comprobatur ex eo, quod communiter traditum reperitur, quoties ob tergiuersationes & illicita subterfugia rei conventi contestatio litis impeditur, litem haberi pro contestata, quantum effectus eius attinet, instantiam judicij minime respicientes sive concernentes, *l. constitutionib. ff. de obli. & actio. l. 2. vbi Dd. C. vt i in rem act. c. quoniam frequenter, §. in alijs, versic. si vero, vt lite non contest. Bald. in l. si eum, §. qui injuriarum, nu. 4. vbi Fulgos. Alboric. dicens ita de consuetudine obseruari, Lud. Roman. Alex. num. 4. Ias. nu. 5. & 10.* communem *dicens, ff. si quis caut. Bald. in l. mora, num. 2. C. de rei vend. & in l. vnic. n. 31. C. ex delic. defunc. & in c. quoniam contra, num. 42. de probat. Angel. in l. si insulam, vbi Ioan. de Imol. n. 11. Alex. n. 12. Zas. n. 14. Ripa n. 34. Bolognet. nu. 104. ff. de verb. oblig. Ias. in l. 3. in pr. n. 14. ff. de eo per quem fact. Lud. Roma. consil. 174. n. 5. Alex. consil. 100. lib. 5. VVurmser. lib. 1. pract. obseru. t. 44. de præscrip. obseru. 9. vers. vel quando citatus, Ioan. Bapt. Asin. in proxi judic. p. 1. §. 17. c. 1. n. 12. & c. 6. nu. 3. & plurimos longa serie pro hoc sententia recenset Tiroquell. de retr. consang. §. 15. gl. 2. num. 5. & 6.* qui notabiliter eandem, ac proinde hanc quoque limitationem duobus modis restringit, *num. 8. & 9.* Refert vtrumq; modum, ac sequitur *Asinius d. §. 17. c. 1. vers. præcedens conclusio.*

Limit. IV. Quamvis non desint, qui reo litem negatiue contestante, moram non impediri per intervenientem solvendi difficultatem statuant, *Angel. in l. vinum, vbi Lud. Roman. Salicet. nu. 7. Aretin. nu. 4. ff. si cert. pet.* quod inficiatione sua beneficium legis excusationem ob difficultatem admittentis perdidisse videatur, *secundum gloss. d. l. vin. in responsione ad l. vlt. ff. de cond. trit. per l. sed si ex parte, §. interdum, ff. quod cum eo, l. si vnus, in fin. ff. pro soc. cum simil.* verius † tamen est, 24
difficultatem non minus post, quam ante negatiuam litis contestationem impedire moram, *vt tenuit Alex. in d. l. vin. n. 11. & 12. Ias. in l. quod te, num. 10. vbi Ripa n. 51. Alciat. nu. 24. Loriot. nu. 9. Bolognet. n. 77. ff. si cert. pet. Dec. in l. nemo ex his, num. 7. ff. de regul. jur.* Nemo namq; jus suum inficiatione perdit, nisi quo casu tale quid nominatim legibus nostris cautum reperitur, *l. & si quis, §. Diuus, ff. de religios. & sumt. funer. §. cum igitur, versic. nec qualibet est lex, in auth. de non eligen. secundo nub. gl. in c. fin. de jure patro. Bald. in auth. ex testam. num. 11. C. de secun. nupt. Alex. in l. sotiom, §. 1. ff. solu. matr. & consil. 103. lib. 1. Felin. in c. 2. n. 2. de rescr. Ias. d. l. quod te, n. 30. & 31. vbi Ripa n. 51. Ias. in l. 1. n. 12. C. de transact.* Non est autem lex, quæ neganti debitum illam imponat pœnam, vt à mora propter difficultatem non excusetur. Quare nequit inficiatione sibi tantopere præjudicare, vt ad evitandas moræ pœnas nihil ei difficultatis allegatio prosit. Deinde inficiatio, si quæ tollit inficianti beneficia juris, ea modo tollit, quæ jure civili duntaxat indulgentur, puta, beneficium epistolæ D. Adri. *l. si dubitetur, §. ito demum, ff. de fidejussor.* detractionis Falcidiæ, *l. hereditatum, § si quis ex heredib. ff. ad leg. Falcid.* privilegium, vt quis in id modo condemnetur, in quantum facere potest, *l. si vnus, in fin. ff. pro soc.* cum e diuerso excusatio difficultatis sit juris naturalis, cuiusmodi defensiones nō amitti, liquet ex *l. cum de indebito, in pr. ff. de probat.* vbi convictus accepisse pecuniam, quæ condictione indebiti repetitur, exceptione debiti sese nihilominus tueri potest, nec non ex *auth. contra qui propriam, C. de non nu.*

pecu.

p... vbi propriam scripturam abneganti, vel numerationem inficianti, si convincatur, dupli pœnam Iustinianus imponit, nihilominus exceptionem solutionis antea factæ opponere potest, qua licet non liberetur à pœna dupli, tamen id consequitur, vt solutum ante negationem in duplo computetur, eoque denuo solidum solvendo liberetur: *facit etiam l. si quidem, C. de except. traditque præ cæteris Bolognet. in d. l. quod te, n. 77.* Rursus juris est non incerti, quoties quod ab initio reus asserit sive negat, cum eo quo sese postea defendit, non ita pugnat, quin vtrumque verum esse atque concurrere possit, etiamsi convincatur in priore de mendacio, nihilominus eum esse posteriore defensione tutum. *Dyn. in c. nullus, num. 6. de regul. jur. in 6. Bart. in l. nemo prohibetur, num. 2. & 3. vbi reliqui Dd. de except. sensitq; post alios Loriot. in d. l. quod te, nu. 9.* Sic autem in proposito comparatum, vt vtrumq; verum esse, adeoq; concurrere possit: Quid enim frequentius aut vitatius, quam vt alteri quis id non debeat, quod etsi maxime deberet, solvere tamen præsenti tempore propter obstantem difficultatem nullatenus posset. Neue sit pluribus opus, clarus est pro hac sententia textus, & manifesta juris regula *in d. l. nemo ex his, ff. de regul. jur.* qua neganti se debere, quavis alia defensione vti permittitur, nisi lex impediat: vt proinde liceat etiam reo vti defensione, quæ vigore difficultatis competit, quandoquidem hactenus adducta non fuit lex, quæ illam impediat. Nam quod beneficium divisionis, cedendarum actionum, legis Falcidiæ, in quantum facere possit, & alia nonnulla reus amittit inficiatione sua, si mendacij convincatur, propter expressam legis dispositionem in eis vsu venit, quæ in proposito deest. Nec ab illis ad exceptionem difficultatis arguere licet, cum nec eadem subesse videatur in hac, quæ in illis ratio, ac si maxime par subesset ratio, vix tamen illas dispositiones, quippe odiosas & pœnales ad casum nostrum extendere liceret, per ea quæ tradunt *gl. & Dd. in c. 1. de tempor. ordin. in 6. & in c. fin. de elect. in 6. juncta l. cum quidam, ff. de liberis & post. Alexand. in d. l. vin. num. 12. & relati per Dec. in l. factum, §. in pœnalib. num. 9. ff. de regul. jur.* Cœterum † *Alciat. in d. l. quod te, num 25. & Loriot. ibid. num. 9.* 25 reum hactenus excusari difficultate censent, nisi dolo aut lata culpa negasset: tunc enim tali beneficio, quod ex humanitate quadam contra rigorem juris indulgeri videtur, priuandum autumant, vt dolus ei malus aut culpa lata noceat, *l. etiam, ff. solut. matr.* Quorum restrictioni non assentior, tum, quod allata fundamenta eo potissimum casu procedere dignoscuntur, quando sciens teneri se, & sic dolo malo vel culpa lata debitum negat, cum vbi sine dolo culpaque lata debitum negat, nequidem ea juris beneficia perdere videatur, quæ propter expressam juris dispositionem inficiatione alioqui sine dubio tolluntur, *l. etiam, ff. solut. matr. l. sed etsi, §. interdum, ff. quod cum eo. l. hereditatum, §. si quis ex hereditat. ff. ad leg. Falcid.* tum, quia multa non recte sive malitiose fiunt, quæ tamen pœnam à jure præstitutam non habent, *l. etsi quis, § Divus, ff. de religios. & sumt. fun. l. non omne, ff. de regul. jur.* tum, quia culpa lata sive dolus inficiantis debitoris creditori quidem parum præjudicat, quippe cui necessitas probandi debitum alioqui de jure incumbit, neganti vero plus satis officit, dum beneficium divisionis, excussionis, actionum cedendarum, legis Falcidiæ, in quantum facere possit, & id genus alia, quæ propter mendacium jure nominatim adimuntur, amittit, etiamsi defensiones juris naturalis, exceptionem puta solutionis, difficultatis & similes retineat, ne pœna delicti contra naturalem æquitatem & humanitatem excedat. *l. rescriptum, vbi Dd. ff. de his quæ vt indig. aufer.*

Limit.

Limit. V. in bonæ fidei possessore, cum quo licet lis contestata fuerit, non tamen is de periculo decrescentis æstimationis tenetur, *Dd. in l. non solum, post gloss. ibid. ff. de rei vend. sensit g. gl. in l. item si, §. si seruus, & ibid. Bart. n. 1. Bald. nu. 2. Castr. ante n. & nu. 1. 2. & reliqui, ff. de rei vend. Dd. in l. illud, ff. de petit. hære. Salic. in l. quod te, n. 18. vbi post alios Iaf. n. 5. & 26. Decius in repet. nu. 50. Ripa n. 32. Loriot. nu. 2. Cagnol. nu. 74. Bolognet. nu. 73. ff. si cert. pet. Ioan. de Imol. in l. nemo, §. si post, n. 2. vbi reliqui Dd. ff. de ver. obli. Stepha. Forcatul. de mora, p. 2. nu. 25. Crauet. consil. 759. nu. 2. lib. 5. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpti. 31. nu. 3.* idq; per tex. *d. l. illud, ff. de petit. hæred.* cui consonat *l. vtiq. in pr. vers. non enim, ff. de rei vendic.* quibus aperte disponitur, huiusmodi possessorem de interitu post litem contestatam minime teneri, eoq; nec de periculo decrescentis æstimationis, cum regulariter periculum interitus ac decrescentis æstimationis nisi diuersitatis aliqua ratio subsit, æquiparentur, idemq; jus obtineant, *l. si seruus, §. si seruus, ff. de lega. 1. l. 3. §. 1. ff. commod. l. si filiofamilias, §. 1. l. semel mora, l. æstimata, ff. soluto matrim. cum simil.* Quin & ratio *d. l. illud,* idem evincunt, quia foret iniquum, huiusmodi possessoris periculo rem fieri deteriorem seu viliorem, aut propter metũ huius periculi temere ab eodem jus suum indefensum esse relinquendum. Præterea per eum qui conuenitur, non videtur factum, quo minus rem institueret, nisi aliqua justa caussa sit, propter quam intelligere deberet, se restituere oportere, *l. quod te, ff. si cer. pet.* Atqui litis contestatio nihil minus efficit, quam vt bonæ fidei possessor intelligat, restitutionem fieri oportere, cum possessor nemini rem restituere teneatur, nisi quem constat esse dominum, *l. res alienas, C. de rei vend.* & per litis contestationem haudquaquam constet, actorem esse dominum, *l. 2. l. sive, C. de probat. & simil.* Cumq; bonæ fidei possessor justa ratione se credat esse rei dominum, *Bart. in l. illud, ff. de pet. hære.* nec per litis contestationem ei fides fiat, esse rem alienam, non immerito post litem quoq; contestatam justa ratione tam diu credit sese dominum esse, donec ab aduersario contrarium fuerit ostensum. Quam diu vero justa quis ratione se rei dominum esse credit, moram proprie sic dictam incurrere nequit, nedum de periculo decrescentis æstimationis moræ coercendæ præstituto teneri. Deniq; cum sit indubitatum, bonæ fidei possessorem, justam habere caussam ignorandi rem esse alienam, alteriq; restituendam, & justam ignorantiæ caussam habentes, eandem post litem quoq; contestatam retinere, clare liqueat ex *l. qui in alterius, vbi Dd. ff. de reg. jur.* bonæ quoq; fidei possessor lite contestata etiamnum justam habebit ignorantiæ caussam, quæ non minus quam quævis alia litigandi justa caussa excusabit eum à mora proprie sic dicta, & vi consequentis à periculo decrescentis æstimationis, *l. in fideicommissi, l. si quis solutioni, ff. de vsur. l. non potest videri, ff. de regul. jur.* Cœterum his quæ diximus non parum adversari videntur *l. nec bona, C. de præscrip. longi temp.* vbi bona fide possessionem adeptis aperte mora per litis contestationem contracta tribuitur, & *l. 2. C. de fructib. & lit. exp.* qua litigatorem re in judicium deducta scientiam malæ fidei accipere perhibetur, nec non *l. sed etsi, §. si ante, ff. de petit. hære.* qua non modo post litem contestatam, sed & illico post motam controuersiam bonæ fidei possessores in mala fide constitui dicitur. Sed quid ad *d. §. si ante,* sit respondendum, satis, opinor, liquet ex ijs, quæ sub finem lim. 10. proxime præced. exerc. dicta fuere. Reliqui duo textus moram quidem, fidemq; malam asstruunt, nec tamen veram sive proprie sic dictam, sed fictam solummodo, vt notant *Dd. vtrobiq. & locis supra relatis,* quæ per litis contestationem ex æquitate inducitur, *Bar. in d. l. illud,* ne post litem contestatam cœpiumq; judiciũ possessor rem petitam vel aliquid ex ea cum actoris

ctoris jactura lucretur, *l. nam hoc natura, ff. de condic. indeb.* vel ipsius impunita remaneat negligentia, *l. si homo, ff. de rei vend. l. si seruum, ff. de verbor. oblig.* Quo fit, vt illa tunc demum sortiatur effectum, quando subest æquitas, prout vsuuenit, vbi de interrumpenda præscriptione agitur, quæ nisi per hujusmodi moram litis contestatione inductam interrumperetur, rei conuenti lucro res postmodum vsucapta cederet: Similiter in fructibus rei petitæ, quos nisi morator siue malæ fidei possessor fingeretur, aut lucraretur perceptos, aut si percipere neglexit, cum percipere potuisset, negligentiæ petitori tam nocuæ pœnam haud vllam sustineret, cum tamen illum in re seu fructibus eius percipiendis eò maiorem, post quam super illa judicium accepit, adhibere diligentiam oportuisset, *Bart. in d. l. illud.* quia nosse debuit, sibi non licere impune abuti re litigiosa, *l. sed etsi, §. consuluit l. si quid possessor, §. sicut autem, ff. de petit. hared.* quandoquidem nihil facilius, quam vt res petitoris esse pronuncietur, *l. quod debetur, ff. de pecul.* At in periculo interitus ac decrescentis æstimationis cessat æquitas, cum propter huius periculi metum possessor temere jus suum indefensum relinquere non debuerit, nec sit, quod imputetur ei, cuius absq; negligentia res interiit aut vilior esse cœpit, proinde nec per litis contestationem in mora siue mala fide quoad effectus hosce constitutus esse fingitur, *arg. l. sciendum, cum sequent. ff. ex quib. causs. mai. Bart. in d. l. illud.* Si † tamen actor
27 sub tempus litis contestationis euidentes dominij sui probationes in promtu haberet, ijsque bonæ fidei possessori liquido monstraret, rem esse suam, propter adeptam rei alienæ scientiam vere in mala fide, & concurrentem litis contestationem in mora proprie sic dicta constitueretur, ac proinde de periculo decrescentis æstimationis ex eo tempore teneretur, *vt sensit Bartol. in d. l. illud, Castren. in l. item si verberatum, §. si seruus, nu. 2. ff. de rei vend. Ripa. in d. l. quod te, n. 32. & 58. cum seqq. & ibid. Cag. nu. 75. ff. si cer. petat.*

Limit. 6 in † obligatione faciendi, quæ cum non ante committatur, quam reus in mora faciendi fuerit, *l. si ita stipul. sim. l. interdum, ff. de verbor. oblig. l. si quis ab alio, in fi. ff. de re judic. l. ita demum, ff. de recep. arbi. l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de colla. bon. cum concordant.* eoque nec agi posit ad id quod interest, nisi per reum antea steterit, quo minus fieret, *jur. praecit. & l. stipul. non diuid. vers. Celsus, & §. final. l. si quis arbitratu, l. cum stipulatus sim. in princ. & §. cum venderet, ff. de verbor. oblig.* constet autem in facti obligatione æstimationem esse referendam ad id tempus, quo committitur illa, *l. si Calendis, ff. de re judi. l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. ubi, §. is autem, ff. de edend. ubiq. Dd.* consequitur in ea tempus litis contestatæ quoad æstimationem eius quod interest non esse attendendum, *tex. not. in d. §. illud, & in d. §. is autem, & sensere Dd. vtrobiq.* Nisi pro vero supponere libeat, quod est apprime controuersum, agi ad factum posse, & quidem ante moram tali casu, quia mora, quando non ante commissa fuit, in litis contestatione, saltem super facto momentaneo, quod expediri tunc temporis potuisset, induceretur, non foret ambigendum, ex tempore litis contestationis æstimari oportere, quanti actoris intersit, factum fuisse, quod vigore obligationis contractæ fieri debuit, *Bart. in l. 3. §. in hac, nu. 7. ff. comm. & in d. l. qui autem, §. illud, vbi Jas. n. 1. cum quib. reliqui transeunt*: tum, per regulam *d. l. si Calen.* qua cum ad tempus, quo nouissime fieri potuit impune, referatur æstimatio, constetque mora non præcedente impune vsq; ad litis contestationem fieri posse, postea non æque, *l. sed etsi alia, ff. de const. pecu.* consequitur id quod interest, ex tempore contestatæ litis æstimandum esse: Tum, per tex. *d. l. qui autem, §. illud*, quo licet negetur æsti-

æstimationem eius quod interest ad tempus quo agitur, esse referendam, tamen ad tempus, quo fieri debuit, esse reducendam asseritur: dubium vero non est, quin eo saltem fieri tempore debuerit, quo judicio petitum fuit, quando mora judicium non præcessit, eoq; nec anteriore tempore fieri necesse fuit, *d. l. sed etsi alia, juncta l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. bon. & l. si insulam, ibiq; not. per Dd. ff. de verb. obl.* Igitur ad tempus, quo judicio petitum fuit, æstimatio eius quod interest, reducenda erit. Tum, quod stipulatione ante litem contestatam non commissa, quia nempe mora nondum facta est, litis super facto contestatæ tēpore, quo vel maxime satisfactionem desiderat creditor, *l. amplius, ff. rem rat. hab.* demum committitur, & ad interesse obligatio nascitur, *l. cum stipulatus, §. cum venderet, juncta l. si insulam, & l. nemo, §. si post, ff. de verb. obl. d. l. si quis fil um, § stipulatio, d. l. sed etsi alia.* vt proinde tunc ex tempore litis contestatæ id quod interest, quippe jure actionis in obligatione faciendi debitum, *l. si pœnam, l. stipul. non dividi. vers. Celsus, ubi omnes notant, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, ff. de verb. obl. cum simil.* æstimari necesse sit, *d. l. ubi, §. si autem, ubi Dd. d. l. si Calendis. fac. l. fundum, ff. de nouat. & l. hominem, ff. mand. & utrobiq; not. per Dd.*

29 Declaratur vltimo: Quamvis† in æstimatione rei debitæ spectetur tempus litis contestatæ, quando frustratio non præcessit, non tamen illud ita fuerit intelligendum, quasi duntaxat ejus temporis, quo lis contestatur, æstimatio quantacunque fuerit, præstanda veniat, siue pluris postea, siue minoris valeat res, *vt sensit, saltem in strictis juris judiciis, Anton. Fab. lib. 16. coniect. c. 3. & de err. pragm. dec. 16. err. 3. Bronch. ἐναντιοφ. cent. 1. assert. 65.* Sed tempus litis contestatæ præstituitur æstimandæ rei vt initium siue principium, ex quo teneri debitor incipit ad æstimationem, quanti ex eo tempore plurimi fuerit, vt proinde sicut est indubitatum, quando tempore litis contestationis res plurimi valuit, præstandum esse, quanti tunc fuit, ita cum pluris tempore quopiam sequente valuit, æstimatio præstanda venit, quanti post litem contestatam plurimi fuit, *Dd. communiter in l. vinum, ff. si cer. pet. & in l. in hac, post tex. ibid. ff. de condic. trit. & in l. 3. §. in hac, ff. commod. ac senserunt relati exerc. 12. lim. 1. & exerc. 13. n. 3. & amp. 1.* quibus locis plurima pro confirmatione fuerunt allata veritatem huius etiam declarationis abunde comprobantia. Cum enim fuerit ostensum, præstari oportere, quāti post moram inchoatam plurimi res fuerit, & litis contestatio moram vel subsequatur, *l. hominem, ff. mand.* vel inducat, *l. nemo, §. si post, ff. de verb. obl.* necessario consequitur, si per tempus litis contestationem subsequens res plurimi valuerit, eius æstimationem præstari oportere. Quin eo minus dubitationis est de tempore quod litis contestationem sequitur, quia certi juris est, per id tempus non eas modo accessiones, quæ post moram præstandæ veniunt, sed & cæteras, quæ propter mroam alioqui minime debentur, præstari oportere. *l. videamus, §. si actionem, ff. de vsur.* adeoq; post acceptum judicium omnem caussam esse restituendam, vt omne habeat petitor, quod habiturus foret, si tempore litis contestandæ solutum fuisset, *l. praterea, ff. de rei vendi. l. cum fundus, in pr. ff. si cer. pet. l. 2. ff. de vsur.* & æstimationis, quanti post litem contestatam plurimi valuerit, siue quanto res post acceptum judicium deterior facta est, rationem haberi, textus ostendit *in l. adiles, §. item sciendum, ubi Vlpianus eius rei rationem assignat, ff. de ædil. edic. l. non solum, ff. de rei vendic.* Nec obstat, quod *Anton. Fab. d. c. 3.* obijcit, nisi æstimatio præcise præstetur, quæ fuit, cum res peteretur, non posse videri præstitam rem, qualis tunc fuisset, *l. 2. ff. de vsur.* Vt enim omittam, non eo saltem die, quo lis contestatur, sed toto tempore judicij pendentis per agentem peti,

l. qui solidum, in pr. ff. de lega. 2. & consequenter talem præstari rem debere, qualis est, cum post litē contestatam plurimi valet, satis alijs juris textibus declaratur, quomodo Papiniani assertio *in d. l. 2.* sit intelligenda, ita scilicet, vt omne consequatur actor, quod habiturus esset, si litis contestandæ tempore solutio facta fuisset, *l. præterea, ff. de rei vend. l. cum fundus, in pr. ff. si cert. pet.* Fuisset autem sine dubio rem, cuius æstimatio paulo post creuit, pluris distracturus, & æstimationem longe maiorem consecuturus, si tempore litis contestandæ eam accepisset. Addit idem: æstimationem semel deberi cœptam certo tempore inspecto, omnes aliorum temporum æstimationes excludere, vt non nisi illius vnius præcise temporis ratio haberi posit in eo æstimando, quod debetur. Quod vt verum sit, negatur tamen, æstimationem quæ tempore litis contestationis est, cœpisse deberi, cum ex eo, quod res pluris postea valuit, appareat, non illius temporis æstimationem vnquam fuisse debitam, sed eius modo, quo res plurimi postea valuit. Vnde ipsemet *lib. 16. conjec. c. 9.* fatetur, haud sciri posse ante condemnationem, quænam & cuius temporis habita ratione æstimatio iniri debeat: Sed cum ex post facto tandem apparet, pluris rem fuisse tunc cum mora contracta est, jam inde ab eo die æstimationem debitam fuisse intelligi. Non igitur, quando litis contestatio fit, vere dici potest, illius temporis æstimationem deberi, nisi forte quis modo sub conditione, si pluris postea non fuerit, eam deberi putet, cui minime repugnauerim. Cœterum

30 † etsi communem receptamq; sententiam sequantur etiam *Alciat. in d. l. vin. num. 13. & Donell. n. 21.* quando res certa sive species in obligatione versatur, tamen vbi genus aut quantitas, sive res pondere, numero, mensurave constans est in obligatione, nullam nisi temporis, quo litis contestatio facta fuit, æstimationem deberi contendunt, quos hac in parte sequitur etiam *Fortat. de mora, p. 2. num. 12.* cum, quia tanti litem Cassius, Iulianus & Cajus aiunt æstimandam, quanti tunc fuisset, cum judicium acciperetur. *l. vlt. ff. de condic. trit. d. l. vin.* tum etiam, quia certum non est, actorem si fuisset ei solutum, tam diu rem fuisse asseruaturum, vt occasione postmodum oblata tanti posset vendere, quanti sequentibus temporibus fuit, præsertim cum frequentius vsuveniat, vt qui rem pondere, numero, mensurave constantem aliquo tempore accepit, eam non diu retineat, sed vel statim consumat, vel metu corruptionis aliorumve periculorum primo quoq; tempore vendat, nec opportunitates sequentium temporum expectet, dum quales hæ futuræ sint, ignorat, ac veretur, ne male futuras expectando præsentibus & his melioribus excidat. Verum quod de die, quo dari debuit, responsum ijsdem fuit in *d. limit. 1.* idipsum de tempore litis contestationis responsum esto, nempe pro regula traditum esse *in d. l. vlt.* tempus litis contestationis esse spectandum: cui licet nec ibidem, nec *in d. l. vin.* addatur exceptio, nisi tempore posteriore creuerit æstimatio, tamen & alijs legib. & manifesta juris ratione isthæc exceptio liquido commonstratur. Etenim cum per litis contestationem mora contrahatur, & æstimationis tempore, quod moram semel inchoatam sequitur adauctæ rationem haberi oportere, plurimæ leges & rationes *in d. lim. 1.* adductæ ostendant, eædem pari necessitate evincunt, æstimationem tempore quod litis contestationem sequitur adauctam præstari omnimodo debere. Quibus insuper in proposito licet adjungere regulam *l. præterea. ff. de rei vendic. l. cum fundus, ff. si cert. pet. l. 2. ff. de vsur.* cuius evitandæ gratia frustra Donellus prætendit incertitudinem asseruationis, cum & secundum ipsum *in l. si ex legati, ff. de verb. oblig.* sufficiat, potuisse rem acceptam aliquan-

diu asseruari plurimiq; valentem distrahi. *l. illud, ff. de petit. hæred. l. cum res, §. vlt. ff. de legat. 1.* & diligens quisque paterfamilias non illico rem distrahere, sed ad id vsq; tempus, quo plerumq; plurimi valere solet, ac verisimiliter plurimi valitura erit, retinere consueuerit, quodque diligens quisque paterfamilias facturus fuisset, hoc etiam creditorem fuisse facturum merito præsumatur, *l. cum de in debito, ff. de probat. l. si vendita, ff. de peric. & comm. rei vend. l. si defunctus, C. arbitr. tut. Mascard. & per eum relati conclus. 518. num. 3. de probat. volum. 1.* & cum non fuerit anteriore tempore, litis puta contestatæ solutum, saltem posteriore tempore, quo pluris valuit, morator soluere debuit, quo si quidem solutio, vti fieri debuit, sic facta fuisset, creditor etiamsi confestim distraxisset, æstimationem quanti plurimi certo fuisset habiturus: vt proinde illa casu quoque nostro sub caussa rei comprahensa videatur. Quin etsi regula de caussa rei præstanda, nihil huc propter incertitudinem faceret, tamen pro exceptione præcitata textus est manifestus *in d. l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edic.* qui de homine quidem redhibendo loquitur, at rationem decisionis eam annexam habet, quæ tam rebus in genere debitis, quam speciei siue rei certæ congruit. Et in terminis de rebus in genere suo functionem recipientibus tex. est in *l. 3. §. si per venditorem, ff. de actio. emt.* quem *Alciat. ipse in d. l. vin. num. 33.* sic interpretatur, vt verba illa, *quo lis in condemnationem deducitur*, extensiue accipi velit de toto temporis tractu ab inchoato judicio vsque ad sententiam, vt quocunq; tempore post litem contestatam vsq; ad condemnationem plurimi fuerit, tanti condemnatio fiat: quæ interpretatio cum rationi juris, tum verbis ipsis apprime congruit, siquidem toto judicij semel inchoati tempore id agi videtur, vt lis in condemnationem deducatur, adeoq; protinus in ipsa litis contestatione deductio litis in futuram condemnationem incipere dignoscitur, *l. 2. in pr. ff. de except.* quæ tunc demum consummatur, quando judicium per sententiam terminatur, *l. 1. ff. de re judic.* ac præ cæteris eandem interpretationem sequitur & commendat *Loriot. in d. l. vin. num. 49.* quamuis *Donell. ibid. num. 26.* id modo tempus, quo fit litis contestatio, *in d. §. si per vend.* intelligendum contendat, sed rationibus haud firmis, cum verbum *agendi* ab eo præcipue ponderarum non tempus modo litis contestationis sub sese comprahendat, sed toto judicij durantis tempore agi videatur, & qui tempus, quo lis in condemnationem deducitur, hoc est, quod est à litis contestatione vsque ad sententiam, attendendum statuit, si pluris tum fuerit, nihil aliud innuat, siue sentiat, quam condemnari reum oportere, quanti ab eo tempore, quo lis in condemnationem deduci cœpit, res plurimi fuerit, *l. penult. ff. rer. amot. l. si sterilis, §. cum per venditorem, vers. quamvis cresceret, ff. de action. emt.* 20

EXERCITATIO DECIMAQVINTA.

De moræ purgatione, & æstimatione post eam non vlterius attendenda.

SVMMARIA.

1. *Post moræ purgationem vllius damni, quod ex mutata deinceps æstimatione proueniat, resartioni debitor non est obnoxius.*
2. *Quod procedit etiam in obligatione faciendi.*

3. *Sive factum sit successiuum, sive momentaneum, sive dentiq; negatiuum.*
4. *Distinctio Bartoli quo ad moræ purgationem inter factum contraveniendi successiuum & momentaneum.*
5. *Quæ à Bologneto impugnatur.*
6. *Sed contra eundem defenditur.*
7. *Ostenditur, quatenus illa distinctio procedat.*
8. *Delictum nondum consummatũ mora malefaciendo commissa purgationem admittit.*
9. *Oblatio rei per delictum ablatæ delinquentem liberat à periculo interitus ac decrescentis æstimationis.*
10. *Delinquens moram purgare potest, ne ad pœnam alioqui committendam teneatur.*
11. *Purgare moram potest, qui non sponte, sed incitatus à re, circa quam delictum perpetrauit, deliquit.*
12. *Delinquens præsumto dolo per satisfactionis oblationem pœnam euitat.*
13. *Delinquens vero dolo moram purgare nequit ad effugiendam pœnam.*
14. *Nisi lex nominatim purgationem admittat.*
15. *Factum contraventionis quando retractari possit.*
16. *Factum contraventionis cum retractari potest, contraventio emendari potest.*
17. *Purgationi moræ locus non est, quando quis ita contravenit, vt obligatio deinceps obseruari nequeat.*
18. *Post factum contraventionis momentaneum, etiamsi possit adhuc obseruari obligatio, purgatio moræ non admittitur.*
19. *Post factum contraventionis successiuum locus est purgationi moræ, si deinceps obseruari possit obligatio.*
20. *Mora diei lapsu contracta purgatio periculo futuri temporis liberat.*
21. *Sententia Fabri moram ex die contractam purgari negantis impugnatur.*
22. *Differitur de intellectu* l. etsi post tres, ff. si quis caut.
23. *Moræ purgatio post longum temporis internallum facta liberat à damnis futuri temporis.*
24. *Contraria sententia refutatur.*
25. *Etiam in obligatione in diem post longum temporis intervallum purgationi moræ locus.*
26. *Actor quoq; moram elapso longo tempore purgare potest.*
27. *Quando post modicum tempus moram purgare non liceat.*
28. *Debitor cuius moram alius purganit, est immunis à periculo futuri temporis.*
29. *Moram alterius in obligatione faciendi quis purgari nequit.*
30. *Mora purgata debitor ipso iure liber est in futurum ab æstimatione quanti plurimi.*
31. *Purgatio moræ debitorem ipso iure liberat in obligatione faciendi secundum communem opinionem.*
32. *Contrario Croti sententia recensetur.*
33. *Et fœdere distinctionis communi conciliatur.*
34. *Moræ purgatio debitorem generis aut quantitatis relenat, ne res oblata ipsius periculo deterior fiat.*
35. *Mora purganda sola sufficit oblatio citra obsignationem & depositionem.*
36. *Dummodo sit realis.*
37. *In obligatione facti momentanei necessaria est realis oblatio.*
38. *In obligatione facti successiui liberatur morator consummando factum ante litem contestatam.*
39. *Recensentur fundamenta negantium purgari moram inchoatione facti sola ante litem contestatam.*
40. *Affirmatiua defenditur sententia.*
41. *Verbotenus ante litem contestatam offerens, sese paratum facere, euitat protestationem eius quod interest.*

42. *Nisi post impeditam verbali oblatione litis contestationem facere negligat.*
43. *Mora sæpius commissa purgari potest.*
44. *Contraria refellitur opinio.*
45. *Ripa distinctio reijcitur.*
46. *Prout etiam Corasij.*
47. *Creditore moram purgante res debita nondũ soluta non fit ipsius periculo deterior.*
48. *Creditori mora suæ purgatio prodest ad actionem conseruandam.*
49. *Et acquirendam.*
50. *Debitor creditori moram purganti valoris augmentum deducere potest.*
51. *Moram purgare licet non obstante clausula* rato manente pacto.
52. *Distinguitur tamen, vtrum promissa sit æstimatio, vel id quod interest, an pœna.*
53. *Clausula* toties quoties *&c. non impedit mora purgationem.*
54. *Mora oblatione res, quæ deterior seu vilior facta est, non purgatur.*
55. *Ideo nec eius oblatio prodest ad effugiendum periculum futuri temporis.*
56. *Nisi simul offeratur, quod valori præsenti deest.*
57. *Aut rem creditor accipiat cum protestatione reseruatoria.*
58. *Faciendo non purgatur mora, propter quam stipulatoris aliquid interest, quod facti præstatione interesse minime desinit.*
59. *Nisi pariter offeratur, quod creditoris vltra factum interest.*
60. *Mora facta circa decisoria judicij quando purgari queat.*
61. *Interesse nondum liquidum verbotenus offerri sufficit.*
62. *Alexandri cautela adducitur.*
63. *Quod vltra factum interest, offerendum, etiamsi officio judicis exigi possit.*
64. *Moram purgare non licet statu obligationis mutato.*
65. *Ioa. de Imo. restrictio refertur & argumentis confirmatur.*
66. *At contrarium defenditur.*
67. *Moram ne tum quidem purgare licet, cum potest efficere creditor, vt status obligationis rursus in eadem caussa sit.*
68. *Illatio Ripæ recensetur & improbatur.*
69. *Si per eum, cui fieri debuit, stet, quo minus fiat, interim status obligationis in eadem caussa esse desinat, debitor ei ad interesse non tenetur.*
70. *Implens ex parte sua, si post ipsius moram, status obligationis mutetur, datum condictione repetere potest.*
71. *In obligatione dandi mora purgari nequit, quando non omnia in integro sunt.*
72. *Distinctione tota res explicatur.*
73. *Per litis contestationem facultas purgandi moram tollitur.*
74. *Cur tollatur, ostenditur.*
75. *In obligatione dandi mora purgari nequit post litis contestationem, cum aliud, quam quod petitur offertur.*
76. *Refutatur sententia negantium, post litem contestatam purgari licere moram, cum id quod petitur, offertur.*
77. *Bartoli sententia recensetur & impugnatur.*
78. *Bolognetí fundamentum remouetur.*
79. *Defenditur sententia statuentium, eius quod petitur oblatione sola licet extrajudiciali moram purgari.*
80. *Sufficit refartionem damnorum & litis expensarum, de quibus nondum liquet, verbotenus offerre.*
81. *Mora super eo quod petitur in litis contestatione vel postea commissa purgari potest.*
82. *Reijcitur exemplum Bartoli adductum ex* l. siue apud acta, C. de transact.
83. *Ius præstandi quid aliud pro eo quod petitur, superueniens reo post litis contestationem durat vsq. ad sententiam.*

84. Negan-

84. *Negantium opinio reiicitur.*
85. *Aliud exemplum reprobatur.*
86. *In simplici obligatione dandi offerendo quod petitur, mora in litis contestatione vel postea commissa emendatur.*
87. *In secunda instantia moræ purgationi tum demum locus, cum per contestationem litis in priore instantia factam facultas purgandi non fuit adempta.*
88. *Oblatio periculo futuri temporis non liberat, quando facultati purgandi moram est renunciatum.*
89. *Etiamsi renunciatio non in ipso contractu, sed ex intervallo, & in genere, citraque partis alterius acceptationem facta sit.*
90. *Morator tamen offerendo, obsignando & deponendo debitum principale & accessorium liberatur.*
91. *Post novationem purgationi moræ non est locus.*
92. *Obligatio ante moram novata impedit oriri moram.*
93. *Novatio post moram pure facta purgat moram, etiamsi res non sit præsens.*
94. *Aretini sententia refertur & evertitur.*
95. *Novatione post moram sub conditione facta purgatur mora à promissore tunc facultatem rei præstandæ habente.*
96. *Nec tamen requiritur, ut tempore stipulationis posterioris in conspectu contrahentium res debita fuerit.*
97. *Mora purgatur, quando morator ante conditionem novationis existentem facultatem rei præstandæ nanciscitur.*
98. *Mora purgatur, cum pro moratore alius novandi animo sub conditione promittit, reique præstandæ facultatem vel ipse vel morator habet.*
99. *Quod procedit etiamsi non eadem res in utramque stipulationem deducatur.*
100. *Valet pactum, ne mora purgetur novatione.*
101. *Novatio post interitum rei facta moram non purgat.*
102. *Obligatio ad id, quod ex priore obligatione dari fierive debuit, citra novationem facta, moram purgat.*
103. *Dummodo tempore contractæ obligationis posterioris facultas præstandæ rei non defuerit.*
104. *Donelli opinio refutatur.*
105. *Nil refert quoad moræ purgationem creditor ex obligatione priore debitum à moratore, an ab alio stipuletur.*
106. *Inutili stipulatione prioris debiti mora non emendatur.*
107. *In his, quæ non obligatione sed conditione continentur, moræ purgatio non admittitur.*
108. *Opponitur* l. 1. ff. de penu lega. cum concor. *& interpretum bina distinctiones evertuntur.*
109. *Saltem in conditionibus diem habentibus moræ purgatio non admittitur.*
110. *Moræ purgatio non admittitur executione facta ab homine.*
111. *Vel à lege.*
112. *Restrictio Ioannis de Imol. relata & reprobata.*
113. *Discrimen inter casum, quo dominii translatione ipso iure facta non est executio facti necessaria, & alterum, quo etiamnum requiritur.*
114. *Mora purgari nequit, ob quam res, cuius in solutione cessatum, ipso iure quoad dominium est ad creditorem translata.*
115. *In obligatione iurata purgari mora nequit.*
116. *Pœnæ* l. si quis maior, C. de transac. *imponuntur ipso iure, secundum veriorem & communiorem sententiam.*
117. *Discrepantes interpretum sententiæ referuntur super quæstione, an periurium sine dolo committatur.*

Qvemadmodum tria potissimum tempora sunt, quibus æstimationis quanti plurimi fuerit, incipit haberi ratio, dici nempe solutioni destinati, interpellationis extrajudicialis, & litis contestatæ, de quibus hucusque sufficienter actum fuit, ita vicissim tempora tria referunt interpretes nostri, quibus in posterum eiusdem ratio haberi desinit, videlicet, purgationis moræ, interitus, & condemnationis, licet pro vltimo potius executionis tempus videatur esse substituendum: Hæc similiter ordine pertractanda veniunt, initio sumto a tempore, quo quis moram purgare nititur. Vt igitur quanti plurimi post moram æstimatio fuerit, 1 ad hoc vsque tempus attenditur, ita † post illud vilius damni, quod ex mutata deinceps æstimatione provenit, resarcioni debitor haudquaquam est obnoxius, *gl. in l. in hac, ff. de contract. trit. Bartol. in l. 3. §. in hac, num. 13. & 14. ff. commod. Salic. in l. vinum, num. 27. vbi Alciat. num. 29. Bolognet. num. 7. 14. & 68. ff. si cert. pet. Cuiac. in l. interdum, §. vltim. ff. de verbor. obligatio. & in l. si insulam, versic. à damnatione, ff. d. t. Albert. Bran. de dimin. & deteri. conclus. 20. numer. 125. Parisius consil. 87. num. 21. volum. 4. Sebast. Medic. de fortuitis casib. p. 1. q. 4. num. 52.* Nititur hæc regula pluribus ijsque perspicuis legibus, inprimis *l. semel mora, ff. de solut. metrim.* qua dum Paulus nominatim inhibet, ne morator damnum post oblationem sentiat, eundem ad æstimationem, quanti post oblationem plurimi fuerit, teneri negat, alioqui damnum sentiret longe maximum non alia de caussa, quam quod offerente ipso creditor accipere noluit. Similiter *l. qui decem, in princip. ff. de solut.* qua Marcellus æquum esse negat, moratorem offerentem ad id teneri, ad quod minime teneretur, si creditor accipere voluisset: Certissimum vero, quod ad æstimationem, quanti post oblationem plurimi fuit, teneri minime potuisset, si creditor oblatum accipere voluisset, quia sublata per solutionem obligatione accessiones præsentes subsistere, futuræ suboriri nequiuissent, *l. eos qui, C. de vsur. l. si deposita, C. depos. l. cum principalis, ff. de regul. jur.* Idem ICtus in §. proxime asserit, eum qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari: Periculum vero tam concernit atque complectitur detrimentum propter diminutionem bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ supervenientem contingens, quam interitum, *l. æstimata, ff. solut. matrim. l. si seruum, §. si seruus, ff. de lega. 1.* Sed & Pomponius *in l. illud, ff. de peric. & commun. rei vend.* ait, offerente post moram venditore, emtori nocere debere, quod non acceperit: Proinde nec detrimentum rei post oblationem quacunque de caussa minus valentis alteri quam accipere nolenti nocere debebit. Rursus Paulus *in l. si seruum, sup. sequitur, ff. de verbor. obligat.* ex Celsi & Iuliani sententia, damnum, postquam obtulit morator, emergens creditori tribuit, vt sit in pari caussa potentior qui tenet, quam qui persequitur: Id vero quoniam ex diminuta post oblationem æstima-

æstimatione potissimum resultare, consueuit, consequens est, Pauli responso, illius refartioni offerentem non esse obnoxium.

2 Ampliatur hæc conclusio primò, procedere non tantum in obligatione dandi, *l. interdum, §. vlt. ff. de verbor. obligat.* verum etiam in obligatione faciendi: Quamvis enim æstimatio eius quod interest in obligatione faciendi sic ad tempus commissæ obligationis referri consueuerit, vt quanti tunc interfuisse dignoscitur, tantundem debeatur, postea nec augeatur, nec minuatur, etiamsi pluris aut minoris deinceps interesse, aut interesse desierit, *l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. vbi, §. is autem, ff. de eden.* quia tamen illius æstimationem sic iniri oportet, vt respiciatur ac sub ea comprehendatur, quicquid ratione cum præteriti præsentisque, tum futuri temporis interesse creditoris deprehenditur, factum esse protinus post interpellationem, siue intra tempus, quo fieri commode potuit ac debuit, *l. si in lege, §. colonus, vbi Castrens. ff. locat. l. 2. ff. de ann. lega. & sensere Dd. in d. l. qui autem, §. illud, & in d. l. vbi §. is autem, iunctis not. in d. §. colonus, & in l. stipul. non diuid. §. si quis ita, ff. de verbor. oblig. Bartol. in d. l. stipul. non diuid. in princ. num. 30. vbi post alios Bolognet. num. 192. & num. 245. cum seqq. ac præ cæteris clarius Loriot. in l. quatenus, §. superest vt alium, versic. si vero tota, ff. de regul. iur.* morator etiamnum faciendo, quod facere pridem debuit, præstandoque si quid vltra facti æstimationem ratione temporis elapsi interest creditoris, isthac moræ suæ purgatione id consequetur, vt sit immunis a refartione cum æstimationis facti, tum eius quod creditoris interfuit ratione futuri temporis purgationem sequentis, *l. si insulam, vbi Dd. ac præ cæteris Donell. numer. 4. l. continuus, §. item qui insulam, ff. de verbor. obligat. Castrens. in d. §. colonus, num. 1.*

3 Nec † in factis id modo successiuis, sed & momentaneis obtinet, *Dd. in d. l. si insulam, & in a. §. item qui,* cum quod in illis efficit lapsus temporis, intra quod fieri potuit, idem in his operetur interpellatio, *l. cum stipulatus sim mihi, §. cum venderet, ff. de verb. oblig.* neque cur non idem & in his responderi debeat, ratio reddi possit, *l. à Titio, ff. de verbor. obligat.* Quin etiam in factis negatiuis, puta, per te non fieri, quo minus mihi re frui liceat, idem iuris esse videtur, *tex. in l. si in lege, §. colonus, ff. locat. fac. l. quamvis, ff. de in ius voc. l. ex hoc edicto, § si quis, ff. de alien. iud. mut. causs. l. Papinian. §. meminisse, ff. de inoff. test. l. qui cum maior, ff. accusasse, & l. in seruitutem, §. petysse, ff. de banis libert. l. hoc edicto, ff. de publica. l. 1. §. 1. ff. de fugitiu. l. si quis libellos, C. de appellat. Ita Bart. tenuit in d. l. si insul. num. 21. vbi Ioan. de Imol. num. 21. & seqq. Raph. Cum. Castrens. num. 4. versic. est & quarta, Alexan. numer. 30. Ias. num. 36. Niger Ripa num. 95. & Bolognet. numer. 47. & numer. 237. vsque ad 243. Castrens. in d. §. colonus, Salicet. in l. si pacto quo pœnam, num. 46. C. de pact. & in l. magnam, num. 12. C. de contrah. stipul.* licet dissenserint *Angel. in l. etsi post tres, ff. si quis caut. Bald. in d. l. si insul. vbi Zas. numer. 35.* quorum argumentis *Imo. Cuman. Alexand. Niger & Bolognet.* sufficienter respondent. Ne- 4 que † tamen Bartolus in eis indistincte moræ purgationem admittit, sed ita demum, si factum contraveniendi sit successiuum, *d. §. colonus,* alioqui si momentaneum sit, contraventionem emendari posse negat, *per l. 1. §. si rem, ff. depos. & c. 1 quid iuris si post alienat. feud.* quam distinctionem pariter amplectuntur *in d. l. si insul. Ioan. de Imol. Cum. Alexan. Iason & Ripa, Salic. in d. l. si pacto, num. 46. & in d. l. magnam, n. 12. Castr. in l. et si post tres, n. 10. ff. si quis caut.* Rationem diuersitatis adducit Iason, quod in facto momentaneo delictum sit consummatum atq; perfectum, & quodammodo dicatur esse facta executio ab homine, vt proinde non admitti queat purgatio, in facto autem successiuo delictum sit nondum consummatum,

eoq; non obstet, quo minus desistendo mora purgetur, *l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inoff. testa. cum simil.* Sed Iasonis rationem non immerito repræhendit *Bolognet. ibid. n 238.* quia negari non potest, quin etiam successiuum factum sit consummatum atq; perfectum, sive mature quis ab eo desistat, sive tarde, cum tam perpetrari fieriq; perexiguo, quam diuturno tempore possit, nec minus contraveniat obligationi, qui fecit paucis diebus, quod ex lege conventionis non fieri debuit, quam qui pluribus, licet hic illo diutius obligationi contravenerit, & alioqui futurum sit, vt delictum nunquam consummetur sive perficiatur, quandoquidem factum successiuum, nisi in opere quopiam externo, cuius absolutione ipsum quoq; finiatur oportet, efficiendo consistat, simpliciter eodem tenore tam diu continuatur, donec ab eo contraveniens desistat, & facere desinat, vt colligere licet ex *d. §. colonus.*

5 Quin † Bartoli quoq; distinctionem à cœteris approbatam reijcit Bolognetus, tum, quia primum distinctionis membrum de facto nempe contraventionis momentaneo, redditur apprime dubium per *l. hoc edicto, ff. de publica. l. si cum exceptione, §. satis clementer, ff. quod met. causs. l. 1. in pr. ff. de seruis fugitiu. l. quamvis, ff. de in jus voc. l. ex hoc edicto, §. penult. ff. de aliè. judic. mut.* prout etiam secundum per *l. cum filiusfam. §. in hac, juncta gl. quam Dd. ibid. sequuntur, ff. de verb. oblig. & l. habere licere, in fin. ff. de evict.* Tum, quia *l. 1. §. si rem, ff. deposi. & c. 1. quia juris, si post alien.* quibus Bartolus a facto contraventionis momentaneo purgationem excludere nititur, de delicto & quidem consummato loquuntur, quod lex ipsa punit atq; coercet, nempe de furto, & alienatione feudi tam seuere prohibita prohibita, quo casu cũ nemo tali peccato pœnitẽtia sua nocens esse desinat, mirum non est, eum delicti emendatione qualicunq; liberationem à pœna non mereri, *l. qui ea mente, ff. de furt.* Atqui tale non solet esse momentaneum factum obligationi ex vltima voluntate vel contractu natæ contraveniens, de quo potissimum agitur. Tum, quia sive contraveniens velit purgare moram pro malefacto præterito & interesse debito propter illud malefactum, indistincte tam in successivo, quam in momentaneo facto nulla moræ purgatio admittitur, cum quod factum est, amplius infectum fieri nequeat, *l. in bello, §. facta, ff. de captiu. & postlim. reuers.* & purgatio moræ nunquam prosit ad evitandum interesse præteritum, & effectus præteritos, *l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. oblig.* Sive quantum ad effectus futuros, & permittitur purgatio moræ nõ minus in momentaneo contraventionis facto, quam successiuo, cum possit desistendo à malefacto amplius evitare pœnam in futurum, vt habetur *in l. 2. §. item si in facto, ff. de verb. oblig.* Sed † adversus impugna- 6
tionem Bologneti facile distinctio Bartoli defendi potest. Quod enim leges contra primum distinctionis membrum allegatas attinet, neutiquam loquuntur eæ de conventionali obligatione facti negatiui, quam hic potissimum consideramus: & priores duæ agunt de pœna legali non tam adimenti vi vel metu, quam non restituenti præstituta: Factum vero non restituendi, prout alia facta negatiua, successiuum non momentaneum est, *l. Titio fundus, ff. de cond. & demon. l. si sic stipul. vbi Ias. n. 3. ff. de verb. oblig. §. si quis ita, inst. d. t.* In *l. 1. in pr. ff. de seru. fugit.* restituens seruum quem aliquandiu celarat, ideo meretur veniam, quia non tam sponte quam à seruo fugitiuo ad eum veniente incitatus, deliquit celando, *Bart. in d. l. qui ea mente, n. 1. Salic. in d. l. si pacto, nu. 45. & in d. l. magnam, n. 12.* In *l. quamvis, ff. de in jus vocan.* ideo pœnitentia libertum releuat; quia prætor, etsi generaliter edictum conceperit, non tamen de ijs, quos vel mature facti pœnitet, vel æquitatis alia non dissimilis caussa tuetur, sensit, prout edictum interpretatur ICtus ipse *in d. l. quamvis.*

uit. Qui vero rem litigiosam, quam alienatar, recuperat, edicto non tenetur, quia post recuperationem cessat interesse actoris, ad quod ex edicto aduersus alienantem actio competit, *l. 3. §. ex quib. ff. de alien. iud. mut. caus. Bart. in d. l. qui ea mente, nu. 2. Bal. l. in d. l. ex hoc, §. penult. ff. de alie. iud. mut.* Textus autem *d. §. colonus*, etsi meminerit expulsionis, nihil tamen minus asserit, quam illa momentanea duntaxat expulsione contrauenire, postquam nisi locator amplius impediret infruendo conductorem, huic vtique frui liceret, actio vix competeret, quia nec eius interesse facile posset, postquam locator in continenti post expulsionem, rursus eum frui passus est, nec ab eo tempore per ipsum stetit, quo minus conductor frueretur: Contrauenit igitur locator, dum impedit frui conductorem, siue dum per eum stat, quo minus conductori frui liceat, quod fit, non solum initio, cum prohibet, expellit, excludit siue non admittit conductorem, sed toto tempore impedimenti præstiti. In *l. cum filiusfam. §. in hac, ff. de verb. obli.* verbum de purgatione non admittenda nullum: & facti negatiui stipulatio illic est simpliciter proposita sine assignatione certi exempli, vt minime sit necesse, ex præcedenti §. repetere verba, *quo minus mihi ire agere liceat*: ac proinde glos. & interpretum eam sequentium dictum intelligi possit de facto contrauentionis momentaneo, quando mora purgari non potest, vt admittit Bolognetus ipse *d. l. si insul. num. 238.* Sed etsi gl. de facta contrauentionis successiuo intelligenda foret, tamen eam ab affeclis ita declarari nil prohibet, quod restitutio quoad interesse in præteritum habeat locum, quandoquidem desistendo non euitat illud contraueniens, purgatio vero quoad interesse futuri temporis, *per d. §. colonus, & d. l. si insulam.* Textus deniq; *l. habere licere, ff. de euict.* negat quidem, stipulationem habere licere semel commissam resolui posse, sed negat respectu casuum ibi propositorum, nempe cum euincens ante ablatam rem sine successore decessit, aut emtore legauit vel donauit eandem: hic enim si statuatur esse commissa stipulatio, resolui non poterit per euincentis, quippe tertij prorsus extranei obitum, dispositionem vel donationem: At per debitorem siue principalem siue accessorium oblatione rei euictæ moram purgari posse, neutiquam ibi negatur, & est clarus tex. *in l. fideiussor euictionis, ff. de excep. aol.* Quas vero pro confirmatione prioris membri leges Bartolus allegauit, quarū vel nihil ipsius intentioni seruire non diffiteor: euidenti tamen iuris ratione, quæ paulo post explicabitur, nihilominus abunde veritas illius partis commonstrari potest. In vltimo non negatur eum qui obligationi non faciendi semel facto momentaneo contrauenit, nisi postea denuo vel sæpius contrauenit, a pœna vel interesse futuro immunem esse: verum nihil minus inde sequitur, quam purgationem moræ locum habere, cum immunitatis illius caussa non sit alia, quam quia stipulatio facti negatiui, cui toties quis facto momentaneo, quoties libuerit, contrauenire potest, non committitur iterum ad vlteriorem pœnam vel interesse, nisi rursus promissor contra faciat, *l. si sic, ubi Dd. ff. de verb. obl. fac. l. Seia, ff. de vsur.* & purgatio locum habere nequeat, nisi obligatio ad pœnam vel interesse commissa sit, *l. decem, ff. de verbor. obligation.*

7 Sed † vt plenior huius disceptationis resolutio habeatur, & clarius liqueat, quatenus Bartoli distinctio procedat, distingendum fuerit inter delicta & obligationes ex contractu aut vltima voluntate descendentes: De delicto si quæratur, quod nisi omittendo committatur, obligationem facti negatiui iure naturali vel præcepto legis aut magistratus inductam præsupponit, distinguendum inter delictum nondum con-

consummatum, & perfectum siue
8 consummatum. Illud † etsi vltra co-
gitationem deductum fuerit ad actū
exteriorem, moræ tamen male faci-
endo commissæ purgationem regu-
lariter admittit, *l. conductores, C. locat.*
l. non ab re, C. vnde vi. l. Papinianus, §.
meminisse, ff. de inoff. testa. l. qui cum ma-
ior, §. accusasse, l. in seruitutem, §. peti-
isse, ff. de bonis libert. l. alia, C. de his quib.
vt indign. l. qui falsam, vbi Bart. & Dd.
ff. ad leg. Cornel. de fals. Bart. in l. qui ea
mente, nu. 2. vbi cæteri Dd. ff. de furt.
Salic. in l. 1. nu. 4. C. de crimin. stellion. Io.
de Imo. in c. 2. ad fin. de const. Ias. in d. l.
si insulam, num. 36. ubi Bolog. nume. 237.
& 239. Ripa trac. de peste, c. 5. n. 75. Lort-
ot. in apic. 1. de mora, axi. 32. & in libel.
de mora, §. sed usq., vers. nono. Quod
vsque adeo verum, vt tum quoque,
cum perpetratum delicto nondum
consummato á pœnitente in pristi-
num statum reduci nequit, is quem
delicti, quod consummare potuit,
ante consummationem pœnituit,
licet omnimodam vix consequatur
impunitatem, ab ordinaria tamen
pœna releuetur, secundum commu-
nem Dd. sententiam, de qua post ali-
os, quos refert, Clarus testatur *lib.*
5. recept. sentent. §. fin. quæst. 60. num. 22.
9 Circa † hoc aduertendum fuerit,
quem ad finem delinquens moram
purgare velit: Etenim si propterea
quod per delictum abstulit, offerat,
vt euitet periculum interitus, immu-
nisque sit ab æstimatione quanti plu-
rimi, & id genus aliarum accessionū
ex mora venientium præstatione:
planum est, moram ab eo purgari
posse, *l. in re furtiua, l. parui, & utrobiq.*
Dd. ff. de condic. furt. l. ante, C. de condic.
furt. l. subtracto, C. de furt. l. qui decem,
§. idem responsum, ff. de solut. Dd. in l.
scire, §. si á fure, post tex. ibid. ff. de ver.
obl. Tenetur enim ad hæc non tam
ob delictum commissum, quam quia
moram facit in eo restituendo, quod
per delictum abstulit: hanc quia face-
re desinit offerendo, merito pur-
gationi locus, qua periculum interi-
tus ac decrescentis æstimationis, &
id genus alia incommoda euitet, *iur.*
precit. Sin † vt euitet pœnam, refert, 10
an ea nōdum sit commissa, puta, quia
delinquenti infligitur sub conditio-
ne, nisi tempus intra præfinitum re-
stituerit, & non est dubium, quin
mora purgari possit á delinquente,
ne ad pœnam alioqui committendam
teneatur, *l. si cum exceptione, §. satis cle-*
menter, ff. quod met. caus. l. 1. §. & resti-
tuendi, l. hoc edicto, ff. de publica. Berto.
in d. l. qui ea mente, num. 1. & 3. Salic. in
d. l. si pacto, nu. 45. & in d. l. magnam, nu.
12. Cuiac. in d. l. si insul. vers. obstat, item,
Donell. in l. si seruum, §. sequitur, num. 15.
ff. de verb. obl. An vero † sit commis- 11
sa, & purgationi locus etiamnum e-
rit, si non sponte, sed incitatus a re,
circa quam delictum perpetrauit, de-
liquerit, *secundum text. l. 1. in princ. ff.*
de seru. fugit. per quem ita decidit Bart. in
d. l. qui ea mente, n. 1. quem sequitur Salic.
locis rel. Quod † si sponte sua deli- 12
quit, nec tamen ex vero, sed præ-
sumto saltem dolo, cum ex post facto
per superuenientē satisfactionis ob-
lationem præsumtio doli cessat, pœ-
nam etiamnum euitat, *vt est tex. in l.*
vn. C. ne tut. vel cur. vectig. conduc. l. 1.
ubi Salicet. num. 3. C. de crim. stellion. l. si
adulterium cum incestu, §. isdem, ff. ad
leg. Iul. de adult. Bart. in d. l. qui ea men-
te, num. 1. & 3. Secus † vbi vero dolo
deliquit, quia regulariter purgatio- 13
ni ad euitandam delicti pœnam locus
non est, *d. l. qui ea mente, ubi Bart. &*
Dd. l. 1. §. si rem, ff. depos. l. non prodest,
ff. vi bon. rapt. Bald. in repet. l. etsi
post tres, nu. 17. ff. si quis caut. Salic. in d.
l. 1. num. 3. & in d. l. si pacto, numer. 45.
nec non in d. l. magnam, num. 12. Ripa de
peste c. 3. num. 75. & in d. l. si insulam, nu.
95. vbi Bologn. num. 239. Lortot. locu su-
pr. rel. Ferret. de mora, nume. 54. Clarus
& per eum relati, §. fin. quæst. 60. num.
22. idque siue delictum sit ordinari-
um, siue extraordinarium, *l. 1. ff. de*
extraor. crim. Bart. in d. l. qui ea mente,
num. 2. licet in hoc moræ purgationē
admittere videatur *gl. in l. ex hoc edi-*
cto, §. penult. ff. de alie. jud. mut. quam
sequitur Salic. in d. l. si pacto, & in d. l.
magnam,

magnum, per *l. 1. §. & restituendi, l. hoc edicto. ff. de publica. & d. l. ex hoc, §. pen.* quæ tale quid haud probant, cum illæ de pœna nondum commissa loquantur, hæc de actione competente ad interesse, quod post recuperationem esset.
14 Fallit tamen, vbi lex nominatim purgationem admittit, puta, cum pœnam tantisper imponit, donec à malefaciendo desistat delinquens, vel satisfaciat, vt in contumaciter absente constitutum videmus, *auth. & qui iurat, C. de bon. aut. iud. possid. & quoniam freq. §. in aliis, vt lite non cont.* Altero casu, cum de obligationibus ex contractu vel vltima voluntate descendentib. agitur, videndum, anne factum contrauentionis retractari queat. Cen-
15 setur autem † retractari posse, quãdo non tam principaliter ac per sese fit, quam venit in seruitium seu consequentiam alterius rei, siue nondum existentis, at mediante facto efficiendæ, siue jam ante factum existentis, puta, si promittens non extruere, vel rem penes alterum existentem non auferre, extruxerit aut abstulerit, contraria extructi destructione, vel rei ablatæ redditione, prior contrauentio retractari poterit, *l. prætor, vbi not. per Dd. ff. de nou. oper. nunc. Bolog. in d. l. insulam, num. 47.* Quamuis enim factum ipsum per sese consideratum infectum fieri nequeat, *l. in bello, §. facta, ff. de capt. & postlim.* quia tamen rei præexistentis, aut operis efficiendi gratia susceptum & interpositum fuit, & in opere relicto, siue circa rem, cui fuit adhibitum, vis eius vniuersa consistit, operis abolitione, relue redditione factum ipsum retractari merito censetur, dum res eo redit, ac si nunquam
16 tale quid factum fuisset: Hic † igitur magis est, vt contraventio emendari possit, *Bolognet. præ cæteris in d. l. si insul. num. 47.* per *d. l. prætor, cum similib.* & quidem indistincte, quantumuis contrauentionis factum sit momentaneum, puta, rei quæ secundum conuentionem non auferri debuerat oblatio: Tum, quia factum contrauentionis emendari tam permittitur, quam mora omittendo facta purgari potest, quoties nihil aliud concurrit siue subest, quod emendationem illius impediat, *tex. in l. si in lege, §. colonus, ff. locat.* qui de facto quidem successiuo loquitur, sed cum quæ de licita moræ omittendo commissæ purgatione traduntur, ad factum obligationi non faciendi contrauenicns accommodet, & ratio nulla sit, cur magis in successiuo, quam in momentaneo, si nec huius emendationem quicquam impediat, purgatio admittatur, satis ostendit, non minus in obligatione facti negatiui, nisi quid obstet, admittendam esse facti contrauentionis, qualecunq; sit, emendationem, quam in obligatione facti affirmatiui, purgatio admittitur, postquam non factum est, quod fieri debuit. Atqui nihil obstat, quo minus momentaneum factum, quod retractari potest, emendetur, cum res cuius in seruitium siue consequentiam venit, illo finito extet, vt quod cum ea contra legem conuentionis siue dispositionis factum fuit, rursus irritum fieri, adeoque deinceps etiamnum super ea obligatio firmiter obseruari queat. Debebit igitur in eo purgatio locum habere. Tum, quod regulariter ita comparatum, vt quod juris est in obligat. faciendi, præsertim qnoad contraventionem, idem juris sit in obligatio. non faciendi, nisi subsit euidens diuersitatis ratio, *l. 2. §. item si in facto, l. 4. §. Cato, & vtrobique Dd. ff. de verbor. obligation.* Est autem in obligatione faciendi pro regula traditum, emendari contrauentionem posse faciendo ante litem contestatam, quod fieri dudum debuit, *d. l. si insulam, l. continuus, §. item qui insul. ff. de verbor. obligation.* tantumque abest hac in parte subesse rationem diuersitatis inter obligationem faciendi, & obligationem non faciendi, cui per momentaneum factum, quod retractari potest, contraventio fit, vt eadem potius vtrinq; depræ-

depræhendatur, siquidem ut in illa contrauentionis emendatio permittitur ex æquitate, quia præter rigorem juris alioqui nihil obstat, quo minus quod, cum fieri oporteret, factũ non est secundum legem conuentionis etiamnũ fiat, sic in hac rigore juris excepto nihil amplius obstare videtur, quo minus eo, quod factum est, plane retractato contraueniens ad vnguẽ deinceps obligationis non faciendi pareat. Quod si dixeris: factum tamen ipsum, quocunque tandem modo retractari censeatur, infectum non fieri: reponam similiter contrauentionem siue moram omittendo commissam infectam fieri minime, quin potius verum semper esse, verumque remanere, factum non fuisse, quando fieri debuit, *l. Celsus, ff. de re. ep. arb.* quo non obstante cum sit nihilominus purgationi locus, consequens prædictis est, vt eidem sit locus in facto contrauentionis momẽtaneo, quod retractari valeat. Tum, quia per facti retractationem euenit, vt stipulatoris parum vel nihil amplius intersit, quandoquidem præcipuũ ac potissimum, quod in interesse veniebat æstimandum, res fuit, *l. si quis stipulatus, §. vlt. ff. de verb. obl.* quæ facti retractatione illuc remeat, vbi fuit ante, pristinamque recuperat omnimodo conditionem, vt perinde sit, ac si nunquam contra obligationem factum fuisset. Non est autem obscuri juris, eum qui faciendo contrauenit obligationi, si facto priori contrauentioni contrario perfecerit, vt stipulatoris parum admodum vel nihil amplius intersit, immunem esse siue liberari á præstatione interesse ex huiusmodi post facto cessantis, *vt est tex. in l. ex hoc edicto, §. penul. ubi Bal. & reliqui, ff. de alie. jud. mut.* & consequenter etiam à pœna conuentionali, quippe loco eius quod interest promissa & surrogata, *l. vltim. ff. de prat. stipulat. §. instit. de verbor. obligation.*

17 An† vero retractari factum nequeat, quo casu refert vtrum contrauentionis factum eiusmodi sit, vt propter id ad pristinum statum reductio fieri, hoc est obligatio, si maxime ratione contrauentionis ei satisfactio congrua prestetur, obseruari tamen deinceps haud posit, puta, si per factum tollatur principale subjectum, super quo purganda foret mora, verbi gratia, si promittens nõ offendere occiderit: & procedit isto casu Angeli aliorumue moræ purgationem non admittentium sententia, *Ripa post alios in d. l. si insulam, nume. 118. vbi Bolognet. num. 47. & num. 240. sentitque Bartol. in d. l. qui ea mente, n. 3. ff. de furt. Bald. in l. 1. nu. 3. quo tempore miles Salic. in d. l. si pacto, nume. 46. C. de pact. & in d. l. magnam, num. 12. C. de contr. stip. Eguinar. Baro de divid. & individ. obliga. lib. 3. c. 3. n. 2.* Purgatio namq; cumprimis requirit, vt etiamnum seruetur obligatio, cui dudum pareri debuisset, *d. l. si insulam, l. si seruum, §. sequitur, l. continuus, §. item qui ins. ff. de verb. obl.* Id quoniam in proposito locum habere non amplius potest, vtique nec purgationi locus erit. Quod si facto contrauentionis non obstante ad pristinum statum reductio fieri, siue obligatio deinceps obseruari possit, cum Bartolo distinguendum erit inter factum momentaneum & 18
successivum. Post † illud enim purgationi moræ nõ est locus, cum si purgari mora posset, necesse foret eam vel ratione præteriti, vel ratione futuri temporis purgari. Illius respectu fieri nequit, vt Bolognetus ipsemet admittit, cum nec factum infectum fieri posit, & purgatio moræ nunquam prosit ad euitandum interesse præteritum, & effectus præteritos, *l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. obl.* Multo minus huius respectu, quia cum sit momentaneum contrauentionis factum, duntaxat eo tempore, quo fit, obligationem violat, postquam fieri debuit, obligationi amplius contravenire non magis potest, quam potuit, antequam fieret. Sicut igitur ratione præteriti temporis, quo nondum contra legem conuentionis siue dispo-

dispositionis factum fuerat, non est, quod mora purgetur, quia toto illo tempore lex conventionis sive dispositionis obseruata fuit: ita nec ratione temporis, quo contra fieri desijt, mora purgari potest, quia simul atq; fieri desinit, obligatio non faciendi rursus obseruatur, vsq; dum iterum facto quopiam contrario violetur, *l. si sic stipulatus, 133. ff. de verb. obli.* Hinc vsuvenit, vt quoties momentanea contraventio fit, toties peculiare, tamq; ab interiore, si quod præcessit, quam quocunq; posteriore, quod sequetur, plane diversum, distinctum atq; separatum factum intervenit, vt est tex. *in d. l. si sic.* Accedit, quod huiusmodi facto momentaneo ad interesse particulare duntaxat obligatio committitur, *d. l. si sic, vbi Dd. fac. l. Seia, ff. de vsur.* quod moræ sive contraventionis emendationem non admittere consueuit, *l. continuus, §. item qui insulam, vbi Dd. ff. de verb. oblig. Dd. in d. l. si insulam, Salic. in d. l. si pacto, nu. 46. & in d. l. magnam, nu. 12.* cum ab eo subsequens obligationis obseruantia neminem liberet, *d. l. si sic, vbi not. per Dd.* Nec obstat, quod factum momentaneum veniens in seruitium sive consequentiam rei principalis, contraventionis emendationem suscipiat. Illic enim factum ob rem post illud remanentem retractari, factumque priori contrarium circa eandem adhiberi potest, quod hic fieri nequit; Rursus illic etsi contraventio sit æque momentanea, cessareque videatur, simul atq; fieri desinit, non tamen cessante facto sive contraventione rursus obseruatur obligatio pristina, quoniam ex facto contravenientis adhuc abest res, quæ nisi rem & illuc, vbi fuit ante contraventionem, pristinamq; recipiat omnimodo conditionem, atq; adeo quod contra obligationem factum est, rursus irritum fiat, & ad nihilum redigatur, fidem contractus ob eo, qui contravenerat, obseruari nemo dixerit: cum hic è diuerso, simul atq; factum contraventionis cessat, obligatio rursus obserue-tur, quia res vltra factum non intervenit, quæ cessante facto contraventionis etiamnum impediat obligationis obseruantiam: vt proinde mirum nemini videri debeat, illic moræ purgationem admitti, cui nullum hic esse locum evicimus. Cœterum † si fa- 19
ctum contraventionis fuerit successiuum, extra controversiam est, moram sive contraventionem, cessando ab ea, legemq; contractus sive dispositionis obseruando emendari posse, non quidem quoad euitandum inter esse ratione præteriti temporis commissum, attamen quoad interesse, quod alioqui ratione futuri temporis foret exoluendum, *l. si in lege, §. colonus, vbi Castr. & reliqui, ff. locat. Bart. & Dd. cum sequentes in d. l. si insulam, Salic. in d. l. si pacto, n. 46. & in d. l. magnam, n. 12. Loriot. in apicib. t. de mora, axio. 32. & in libello de mora, §. sed vsq; vers. nono.* quæ tamen purgandi potestas easdem limitationes recipit, quas in obligatione faciendi permissa purgandi facultas recipere dignoscitur, *d. l. si in lege, §. colonus, Bologuet. in d. l. si insul. num. 242.*

Ampl. secundò: Etiamsi obliga- 20
tio sit in diem, lapsuq; diei mora fiat, nihilominus debitori licebit moram purgare, ac detrimentum, quod ex futura æstimationis mutatione ad eum redundare posset, evitare, *Bartol. post Dynum & antiquiores in d. l. si insulam, num. 6. vbi Bald. num. 2. Ioan. de Imol. num. 11. & 12. Castr. num. 1. Alexan. n. 12. & 13. Ias. n. 19.* communem dicens, *Zasius, nu. 6. & 7. Ripa nu. 32. & 31. Bolognet. nu. 97. cum seqq. Duaren. & Cuiac. ff. de verbor. oblig. Dd. in l. sed et si alia, ff. de constit. pecun. & in l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. obligat. & in l. magnam, C. de contrah. stipul. Donell. in l. si seruum, §. sequitur, nu. 12. ff. de verb. oblig. Salicetus de mora, q. 2. prin. ipali, nu. 14. Loriot. in apuib. t. de mora, ax. 25. & in lib. de mora, §. sed vsq; vers. tertio. Albert. Brunus de dimin. & deterior. concl. 20. nu. 140. vers. sexto. Stephan. Forcatul. de mora, p. 3. n. 7. Ioan. Saporta de mora, c. 4. n. 131. Ioan. Robert. Aurelian. lib. 2. sentent. iuris, c. 18.*

ris, c. 18. Vandus lib. 1. q. 41. Tex. est in l. sed etsi alia, ff. de constit. pecun. vbi Paulus æquum esse profitetur, eo alia posteriore die, quam qua solutu-rum sese constituerat, offerenti succurri aut exceptione, aut justa interpretatione, vt factum actoris oblarum accipere recusantis ipsi noceat, non illi, quem à futuro damno, qualecunque sit, par est, immunem esse. Similis tex. *in l. si ita quis, §. Seia, ff. de verbo. oblig.* vbi ante Calendas Aprilis solutioni destinatas non omne pretium cum vsuris soluerat Titius, nihilominus offerendo residuum purgat moram, & ex stipulatione ad hortos comparatos agere posit. Quod si prodest ei oblatio quoad actionem conseruandam, lucrumque captandum, multo magis eidem quoad vitandum damnum ad ipsum ex æstimationis mutatione subsequente redundaturum prosit oportet. Sed & *l. semel mora, ff. solut. matr. l. nemo, §. si post, l. si seruum, §. sequitur, ff. de verbor. oblig.* generaliter moræ, quocunq; sit contracta modo, purgationem admittũt, quoad effugiendum futuri temporis incommodum, certe non distinguũt, hominis interpellatione potius, an diei lapsu fuerit inducta. Quare necesse fuerit, eas etiam generaliter intelligi, vt non minus eam, quæ lapsu diei, quam quæ post hominis interpellationem contrahitur, moram compræhendant. *l. 1. §. generaliter, ff. de lega. præst. l. metum, §. animaduertendum, ff. quod met. causs.* Cumq; sit regula juris moram purgari posse, *l. si insul. l. continuus, §. item qui ins. ff. de verb. obl. cum concor.* & ab ea nõ excepta jure nostro reperiatur mora, quã diei lapsus induxit, nisi quando pœna simul est adiecta, *l. Celsus, ff. de recep. arb. l. traiectitia, ff. de actio. & oblig.* vel adimplendæ conditioni dies asseriptus, *l. Thais, §. intra, ff. de fideic. libert. l. intra, ff. de statulib. l. si super, C. de transac.* vel hinc liquido patet, tam in obli. in diem, quã in pura licitam esse moræ purgationem. Nec immerito quidem, cum ex bono & æquo admittatur emendatio moræ, *l. si seruum, § sequitur, ff. de verbo obl.* tamq; sit æquum & bonum à futuri temporis incommodis eum offerentem, qui die solutioni destinato nõ soluit, quam eum, qui interpellatus aliquando non satisfecit, liberum esse, siquidẽ non magis ille, quã hic teneretur, si creditor accipere oblatũ voluisset, *l. qui decem, in pr. ff. de solut.* adeoq; damnum tam ille quam hic sentiret non alia de caussa, quam quod offerente eo creditor accipere noluit, *d. l. semel mora.* Contrarium † vero, 21 quod mora ex die contracta purgari non possit, tuetur eruditissimus *Anton. Faber lib. 6. coniectur. c. 7.* tum, quia perpetuo verum est, intra diem obligationi adiectum datum aut factum non fuisse id, quod vt intra diem daretur aut fieret conuenerat, *l. Celsus, ff. de recept. arbitr.* tum, quod obligationi frustra dies præscriberetur, si post diem purgare moram liceret. Sed cum in obligatione dandi post moram res ipsa debeatur & exigenda veniat, *l. qui hoc anno, l. inter, §. Stichum, l. si seruum, §. vlt. ff. de verbor. obligat. l. nihil peti, ff. de regul. jur. §. in diem, instit. de verbo. obl.* non pecunia, quæ minime debetur, *d. l. si seruum, §. vlt.* nec interesse, quod circa rem non consistit, *l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt. l. vlt. ff. de peric. & com. rei vend.* negari non potest, in ijs post diem solutioni destinatum purgationi moræ locum esse, dummodo si qua propter moram diei lapsu contractam creditori deest vtilitas, quæ sit ei resarcienda, frustrator eandem vltra rei debitæ præstationem, vti par est, resarcire paratus sit. Quod si, vt arbitror, saltem in stipulatione quanti res est, sub conditione, nisi quid præfinito die detur, concepta moram, ex die contractam purgari non posse sensit, facile quidem assentior, cum Petrus, Cynus, & alij plures interpretes idipsum tenuerint: verũ quod offerendo post diem nihil agitur, hinc vsuvenit, quia conditiones in forma specifica impleri necesse est, *l. qui heredis, in princ. l. Maeuius, ff. de cond. & dem.*

quæ

quæ postquam semel extiterunt, vel defecerunt, fieri postea nequit, vt eæ non extiterint, vel non defecerint, eoque nec mirum, evitari non posse, quod expressa hominis dispositione sive conventione partium in eventum existentis vel deficientis appositæ conditionis relictum sive promissum est: hinc fit, vt cum pœna non nisi sub conditione, si quid non detur aut fiat, debeatur, nihil prosit ad eam effugiendam oblatio post diem obligatione comprehensum, intra quem dari fierive debuit, quia semper verum est, intra diem præscriptum non esse satisfactum, hoc est, conditionem sub qua pœna debetur, extitisse, *l. Celsus, ff. de recept. arb.* cum e diverso in obligatione dandi simpliciter concepta, quantumvis diem solutioni destinatum habeat, nihil tamen in eventum, si ad diem præscriptum non dabitur, promissum fuerit: proinde licet ex dispositione legis judex officio suo post moram habeat rationem æstimationis quanti plurimi, aliarumve accessionum, ne propter alterius moram creditor in damno remaneat, non tamen aliter id, nec vlterius permittitur, nisi quatenus & quamdiu mora durat, sive morator obligationi non satisfacit, *l. illud, ff. de peric. & comm. rei vend. l. si & per emtorem, ff. de actio. emt. l. semel mora, ff. solut. matr. l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Nec verendum hic, ne dies frustra sit præscriptus, cum sit satis efficax, dum pro homine interpellat, *c. vlt. de locat.* lapsuque suo debitorem in mora constituit, *l. 2. C. de jure emphyt, l. magnam, C. de contrah. stipul.* quantumvis moræ, quam induxit, purgationem non impediat. Sed & hac ipsa de caussa, quia præfinito die datum non est, saltem hodie sive deinceps dandum, quod jam olim dari debuit, vt ait Paulus *in l si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt.* Rursus vbi non tam de datione, quam facto agitur, si nominatim id quod interest sub conditione, si intra constitutum diem factum non fuerit, promissum fuit, non inficias iverim, purgationi locum non esse: hæc enim obligationi à disponente sive contrahente dicta lex fuit, vt nisi factum fuerit eo die, id quod interest præstetur. Cur igitur expressæ dispositioni sive conventioni partium non staretur? Cur aliud in eo quod interest, aliud in pœna juris esset, cum illud peræque sub conditione nominatim in obligationem deductum fuerit, & hæc illius vicem locumque subire consueverit, *l. vltim. ff. de prætor. stipul. §. vlt. inst. de verb. oblig.* Cur promissor etiamnum faciendo liberaretur, quem conditioni nec paruisse intra diem faciendo, nec parere post diem faciendo posse constat? Vrget enim hic Celsi ratio, semper verum esse, intra diem non esse factum, quæ conditionem obligationis in rei veritate existentem ponderat. Verum vbi simpliciter, vt plerumq; fieri consueuit, factum in obligationem deductum fuit, etsi dies apposita sit, intra quam fieri debeat, moræ tamē purgatio neutiquam excludenda: Cum enim regulariter purgatio moræ sit permissa, etiam in obligatione faciendi, *l. si insulam, l. si seruum, §. sequitur, l. continuus, §. item qui insul. ff. de verb. oblig.* nec ab ea reperiatur excepta obligatio in diem, cur in hac regulæ non staretur? Annon obligationes faciendi obligationibus dandi quoad moræ purgationem æquiparat ICtus *in d. §. item qui insul.* In illis autem diei lapsus purgationi moræ nihil obstat. Ergo nec in his. Quod si temporis adjectio purgationem impediret, ne quidem successiuis in factis mora purgari posset, cum eis etiamsi non ab homine, tamen à lege tempus præstituatur, intra quod fieri debent, nempe tantum, quod eis expediendis sufficit, *d. §. item qui insul.* Quanquam non est, quod rationibus pugnemus, cum in obligatione faciendi in diem purgationi moræ locum esse, textus sit *in d. l. sed etsi alia, ff. de constit. pecu.* Nec movet ratio *d. l. Celsus,* cum ICtus ea nihil aliud ostendat, quam extitisse con-

ditione, sub qua pœna promissa fuit, proinde sicut fieri nequeat, vt illa nō extiterit, ita nec pœnam commissam evitari posse. At in obligatione, de qua loquimur, non modo pœna, sed & conditio deest. Quod si dicas, etiamsi obligatio faciendi simpliciter pureq; concepta sit, attamen sub conditione, si non fuerit factum, in eam venire id quod interest: Fateor id quidem, sed ea conditio non tam ex dispositione sive conventione partium, quam ex interpretatione legis dependet, nec ipsi obligationi faciendi primævæ, sed obligationi eius quod interest, in locū obligationis faciendi ex dispositione legis succedenti inesse dignoscitur. Vt igitur in obligatione dandi simpliciter in diem concepta, ex dispositione legis, sub conditione, si datum intra diem non fuerit, omnis vtilitas creditoris æstimanda venit, quæ modo circa rem consistit, *l. hominem, ff. mand. l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de actio. emt.* neq; tamen id moræ purgationi quicquam obstat, *d. l. sed etsi alia*, Sic in obligatione faciendi simpliciter in diem concepta, licet ex dispositione legis, sub conditione, si factum intra diem non fuerit, quanti creditoris interest eo die factum fuisse, veniat æstimandum, neutiquam tamen id moræ purgationi obstare debebit, aut poterit, *d. l. sed etsi alia, d. l. si insulam, & d. §. item qui insul.* vt vel hinc appareat, non parum, vti Faber ait, sed multum referre, disertis verbis quid obligatione comprehensum sit, an ex interpretatione sive dispositione legis modo succedat, sive dependeat, prout ipsemet agnoscit, dum inter tempus nominatim obligatione comprehensum, & illud quod ex interpretatione vel dispositione legis re ipsa inesse subintelligitur, manifestā iuris diuersitatē constituit, & ab altero moræ purgationem excludit, in altero admittit. Et quid mirum, si facilius in obligatione ad interesse commissa, quā in pœnali moræ purgatio admittatur, quando partium conventio nō obstat, cum obligatio ad interesse nihil aliud quam indemnitatem creditoris quoad lucrum cessans & damnū emergens complectatur, *l. si commiss. ff. rem rat. hab.* creditor autem non minus moræ purgatione, quā eius quod interest præstatione seruetur indēnis: Sive enim interesse non excedat facti æstimationem, planum est, moræ purgatione, qua factum in obligationem deductum præstatur, creditorem tantundem consequi, quantū resartione eius quod interest consecuturus esset: Siue illud æstimationē facti excedat, constat, non aliter purgari moram etiamnum faciendo posse, quam si cum facto pariter offeratur; quod vltra illud creditoris interest. At pœna commissa, non indemnitas creditoris, non facti æstimatio, sed certa modo quantitas obligatione comprehensa attenditur, *l. stip. ista, §. alteri, ff. de ver. obl. §. alteri, inst. de inut. stipul.* proinde faciendo pœna non magis quam id, quod vltra factum interest, evitari potest. Denique † ne si pluribus opus, textus 22 est admodum clarus de admittenda moræ ex die contractæ purgatione in *l. etsi post tres, ff. si quis caut.* si citra pœnam simpliciter, vt Caius proponit, reum ad certum diem judicio sisti promisisse intelligatur, vt inter antiquiores censuit *Bulgarus, quem secutus est ibid. Bald. & Castr. n. 4. & 6. Petr. & Cyn. in l. si per alium, §. in eum, ff. ne quis eum qui in jus voc. Ripa in d. l. si insul. nu. 5. & ibid. Cuiac. & ad African. tract. 7. in l. trajectitia, ff. de oblig. & act.* Aliter quidem Accursius & cæteri Caij responsum interpretantur, pœnæq; promissionem necessario subintelligendam esse comminiscuntur, quia Cajus actionem ex stipulatu natam ostendit, cum reum exceptione defendendum ait, siquidem non est exceptio nisi adversus actionem jure civili comparatam, *l. 2. in pr. ff. de except.* eandem tamen ad id quod interest non competijsse, clare innuit, dum jus actoris ex mora non factum esse deterius exigit: Cuius enim jus ex mora non est factum deterius, ei salvum adhuc illud & integrum est nihilq; abest, eoq;

coq; nec ipsius interesse potest, *l. si commissi, ff. rem rat. hab.* Cuius autem nihil interest, is nec agere ex stipulatione, nec quicquam ex ea consequi potest, *l. si ita, §. possum, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, ff. de verbo. obl.* Relinquitur ergo, vt ad pœnam competierit. Sed aduertendum, licet jus actoris ex mora non sit factum deterius, adeoq; licet ex mora nihil damni emerserit actori, quia tamen stipulatio *judicio sisti*, quando propter aduersarij moram committitur, efficit, vt quantum actione pristina continebatur, tantundem ex ipsa stipulatione præstandum sit, *l. 2. §. vlt. cum l. seq. ff. qui satisd. cog. l. vlt. ff. si quis in jus voc. non ier. l. quoties, 81. ff. de verb. obl. fac. l. si per alium, §. 1. ff. ne quis eum qui in jus voc. Bar. in d. l. etsi post tres, n. 5. ubi Bald. in repet. n. 9. 10. & 11. Cast. n. 4. & 6. Alex. num. 9. Ant. Fab. lib. 3. conjectur. c. 1. circa. fin.* vnde quoq; propter ipsam rem pristina scilicet actione compræhensam dari prohibetur *in l. si eam, §. qui iniuriar. ff. si quis caut.* saltem tanti, quanti res est, quæ actione pristina petebatur, actoris intersit, necesse est. Quo fit, vt adducta interpretum ratiocinatio nihil minus evincat, quam ad pœnam fuisse commissam stipulationem *judicio sisti*, cum etsi nihil vltra veram quantitatem sive æstimationem eius quod actione pristina exigendum veniebat, stipulatoris intersit, hæc tamen ei etiamnum absit, proinde in eo, quod interest, insit, *d. §. si quis ita, & d. l. si per alium, §. 1.* vt ad illud stipulatio *judicio sisti* committi possit ac debeat, *d. l. etsi post tres.* Nec est verendum, ne commissa stipulatione *judicio sisti* ad interesse, cui quantum actor actione pristina consecuturus esset, inesse dignoscitur, actio prior funditus extincta sit, *l. 1. §. cautionales, ff. de prætor. stip.* ac semel peremta reviviscere ne quidem pugatione moræ posit, *l. qui res, 98. §. aream, ff. de solutio.* Siue enim sequamur eorum sententiam, qui stipulatione prætoria cautionali vel communi nouam quidem adijci actionem, neq; tamen perimi priorem asserunt, *gl. in l. 1. §. judiciales, ubi Bart. n. 5. Ioan. de Im. n. 2. Cast. n. 2. & reliqui, ff. de præt. stipul.* planum est, pristinam adhuc superesse actionem, quam actione ex stipulatu per exceptionem elisa etiamnum intentare & in judicium deducere liceat. Siue pristinam actionem nouari fateamur cum Antonio Fabro *lib. 3. coniect. c. 1.* nouabitur ea non nisi sub tacita siue subintellecta vel secundaria conditione, si quod in obligationem faciendi deductum fuit, non fiat; quæ licet extiterit, quando promissor in præstatione facti moram adhibuit, *l. si penum, ff. quando dies legat. l. cum stip. sim mihi, §. vlt. ff. de verb. obl.* proinde effecerit, vt committeretur stipulatio, *l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de colli. bonor. l. si insulam, l. continuus, §. item qui, ff. de ver. obl.* quia tamen eius est naturæ benigna juris dispositione, vt moræ in præstatione facti in obligationem deducti commissæ purgationem admittat, non inducit omnimodam perfectamque nouationem, sed hactenus tantum, vt status obligationis pristinæ quodammodo sit in suspenso, ita quidem, vt per subsequentem moræ purgationem, dum se paratum ad faciendum debitor ostendit, ante litem contestatam resolui, & obligatio pristina, quæ magis interim cessasse, quam extincta fuisse videtur, quippe nondum in perpetuum sublata, ob restantem adhuc purgandæ moræ facultatem, *l. qui res, §. aream, ff. de solu.* non minus, vt ante, superesse queat, *d. §. aream,* vt merito Paulus illam nouationem pro vera non agnouerit, sed existente posterioris stipulationis conditione, saltem quasi nouationem prioris obligationis fieri censuerit, *l. obligationum fere, §. vlt. ff. de obli. & act. ac præ cæteris notabiliter tradunt Salic. in l. si pacto, n. 5. vers. unde dixit, C. de pact. Alex. in d. l. si insul. n. 7. & 26. Ias. nu. 20. Zas. nu. 8. Ripa num. 54. & 55. Bologn. n. 146. Loriot. in apicib. t. de mora, ax. 30. & in libel. de mora, § sed usq; vers. quinto. Euguinar. Baro de diuid. &*

indiu. obl. lib. 3. c. 5. nu. 17. Alia ratione *Bart. in d. l. etsi post tres*, ostendere conatur, Caium de pœnali stipulatione agere, quia si commissa fuisset stipulatio *judicio sisti*, saltem ad id quod actione pristina debebatur, nihil expediuisset reo, quod agendi secum potestatem faciendo moram purgasset, quandoquidem actione pristina tantundem ab eo petitur, quantum actione ex stipulatu, contra quam exceptione sese tuetur, peti poterat. Absurdum autem fuerit imaginari, Caium de moræ purgatione, quæ sit inutilis, nihilq; promissorem releuet, tam sollicitum fuisse. Vrget eandem rationem *Robert. lib. 2, sentent. c. 17.* Sed ut recte *Castr. in d. l. si post, n. 6.* obseruauit, neutiquam sequitur, inutilem fuisse moræ purgationem, cum plurimum profuerit reo, tum in eo, ne fideiussores, quos in stipulatione *judicio sisti*, quippe prætoria, dari oportebat, *l. 1. cum seqq. ff. qui satisd. cog. l. generaliter, l. pretoriæ satisdationes, ff. de præt. stip.* ab actore conueniri possent, quod alioqui licuisset. *l. non recte, C. de fideiuss. cum concor.* tum vero in hoc maxime, quia stipulatio *judicio sisti* committitur ad interesse, quod non ipsum factum aut rem priore obligatione debitam, sed illius æstimationem complectitur: expedit autem quam sæpissime moratori, factum præstare potius, aut speciem offerre debitam, quam æstimationem soluere, *d. l. si insulam, l. continuus, §. item qui, ff. de verbor. obligatio.* & alioqui constat, esse non modicam commoditatem, si quis, vtrum soluere malit, eligendi jus habeat, *§. huic autem, inst. de action.* id quod moratori permittitur, dum licet ei purgare moram, quando stipulatio propter moram commissa nihil vltra æstimationem prioris debiti continet. Ac licet *Alex. in d. l. etsi post tres*, aduersus Castr. insurgat, parum tamen impugnatione sua proficit. Ait in textu nullam fideiussorum fieri mentionem, & reum esse potuisse possessorem immobilium, qui promittit judicio sisti nuda cautione, nec tenetur dare fideiussores. *l. si eum, ubi gl. & Dd. ff. qui satisd. cog.* Atqui non tā supponitur pro certo, fideiussores illic datos fuisse, vt sine fideiussoribus *judicio sisti* promissum esse potuisse negetur: id saltem vrgetur, haud consequi, nisi pœna illic adiecta fingatur, moræ purgationem inutilem fuisse: cum profuerit, tum quoad alia, tū etiam in eo, ne fideiussores, si quos reus dedit, vel regulariter, nisi possideat immobilia, dare tenetur, conueniri possent. Quid enim si sub graui pœna reus fideiussoribus promisisset, eos ab actore non iri conuentos? Quid si promissoris alias interfuit, fideiussoribus, quos forte reuereretur, nullā ab actore sui causa molestiam exhiberi? At reus faciendo potestatem secum agendi, non liberat fideiussores obligatione, qua sese pro ipso astrinxerunt, sed tum demum, quando soluit debitum principale, in quo condemnatur. Sit sane: sufficit nihilominus abunde, reum partitione quantumuis sera tantum proficere, ne fideiussores pendente lite conueniri, siue molesta exactione offendi queant. Objicit insuper tex. *l. fideiuss. ff. de excep. dol.* eum regula, quod vbi pecunia debetur respectu speciei, soluta specie liberatur debitor, *l. si vero, §. vlt. ff. solu. matr.* Sed regulæ tum demum locus, quando protinus ab initio respectu speciei pecunia debetur, *Bart. in d. l. si insulam, n. 15. quem sequitur post alios ibid. Alex. nu. 28. Bologne. n. 180.* Secus ubi propter moram demum noua succedit obligatio ad interesse, vt in stipulatione faciendi: tunc enim certum est, moratorem non liberari à præstatione eius quod interest, quantumuis vltra facti vel speciei æstimationem nihil contineat, nisi moram purget ante litem contestatam, *d. l. si insulam, l. 1. ff. de penu lega.* Fideiussor autem ad rei euictæ æstimationem tenetur, non ob moram, cum nihilominus condemnetur, etiamsi vel ipse, vel potius principalis omnem in defendendo emtore diligentiā adhibuerit, sed quod emtor,

cui

cui pro euictione fideiubendo cum principali indemnitatem promi t in posterum euictare cariturus est, & fideiussor eam plerumque non magis quam venditor præstare posit, cum non ad eos, verum ad euincentem res peruenerit. Vnde eum velut in subsidium, quando emtor habere rem non potest, ad æstimationem perueniatur, & quandoq; vsuueniat, vt ab euincente fideiussor ipsam rem consequatur, non immerito conuentus adeoq; condemnatus liberatur offerendo rem euictam, cumque ea resartionem damni, si quod vltra illam propter euictionem tenuit, cum vel æque vel magis expediat debitori, rem recipere, ac deinceps habere licere, quam pro ea æstimationem consequi, & ratio, propter quam ad æstimationem fideiussor teneri solet, quia scilicet ad eum res non peruenit, fortecq; nec sine dispendio redimere posit, plane cesset, *Donell. in l. si seruum, §. sequitur, n. 14. ff. de verb. obl. Bolognet. in d. l. si insulam, num. 180. & 181.* Confirmatur hæc simplex *d. l. etsi post tres*, interpretatio non parum ex eo, quod ab ijs, qui pœnam necessario subintelligendam censent, nondum excogitata fuit interpretatio talis, quæ non labefactari facile posit, scrupulumq; post se relinquat. Petrus quidem, *Andreas de Pisis & Cyn. in l. magnam, C. de contr. stip. & ex recentioribus Ioan. Robert. Aurel. libr. 2. sent. jur. c. 17. Vandus lib. 1. quæst. 41.* illo Caij responso freti tenuerunt, purgationi moræ tum quoque locum esse, cum dies & pœna fuit adiecta: quibus aperte refragatur *l. Celsus, ff. de recept. arb. l. traiectitia, §. de illo, ff. de oblig. & act. & similib.* coq; communiter illorum opinio rejicitur, & quidem pluribus atque sat firmis fundamentis, vt cognoscere licet, ex late traditis *per Alex. Ias. Ripam, Nigr. & Bolognet. in d. l. si insul.* Bartolus autem post Accursium *in d. l. etsi post tres*, contendit esse speciale in prætorijs & judicialibus stipulationibus, vt eis moræ purgatio admittatur, quia cum de mente prætoris legem accipiant, *l. in conuentionalib. ff. de verbo. oblig.* benignius ex mente ipsius interpretandæ veniunt, vt si venerit reus intra modicum tempus, nec jus actoris deterius factum sit, ex æquitate releuetur a pœna, saltem per exceptionem. Secus in uentionalibus, quæ ex contrahentium verbis & voluntate demum interpretationem recipiunt. Bartolum interpretum ferme plereq; sequuntur, etiam recentiores, inter quos Duaren. *in d. l. si insul.* Sed horu n sententiam non immerito repudiant *Cuiac. in d. l. si insul. Donell. in d. l. si seruum, §. sequitur, nu. 12. Ant. Fab. lib. 6. coniect. c. 7.* tum, quia stipulationes prætoriæ semel commissæ non magis resoluuntur, quam conuentionales, *l. habere licere, ff. de euict.* Tum, quod ex eo, quia prætoriæ stipulationes legem de mente prætoris accipiunt, minime sequitur, eas huiusmodi legem vel interpretationem accipere à prætore, per quam actori pœna semel commissa rursus auferatur: Tum, quod in conuentione tam aperta, ex qua liquido constat, stipulationem esse commissam, non sit nec esse debeat interpretationi locus, *l. continuus, §. cum ita, ff. de ver. obl.* Tum, quod adiectio pœnæ in stipulationib. prætoriis, sicut non fit imperio prætoris, sed partium voluntate, ita ex stipulationis verbis & mente contrahentium interpretanda est, nec aliam prætoris, quam contrahentium mentem esse, dici potest, *Fab. d. c. 7.*

Donellus igitur *in d. §. sequitur, n. 12.* ait, in stipulatione *judicio sisti* tacite actum videri, vt moræ purgatione pœnam evitare liceret. Actor enim pœnam stipulatur non tam propter factum ipsum, quasi velit reum in judicium venire, nullius alterius rei caussa, quam vt illic conspiciatur, sed quia eius interest, eo die eum illo agere, ac nisi interesset, non est hoc animo, vt velit vllam obligationem interponi. Quo fit, vt si reus eo die non stiterit, nec tamen propterea jus actoris deterius factum sit, pœna

quidem secundum verba committatur, sed ex sententia contrahentium, & eo quod tacite agitur, pœnam petiniquum sit, si reus, post aliquot dies experiundi secum potestatem faciat sine vllo damno petitoris, vt proinde exceptione doli se tueri posit, *l. 2. §. item si in facto, ff. de verb. obl.* Verum si tale quid à contrahentibus actum esset, quantumvis tacite, moratorem ipso iure tutum esse oporteret, neq; commissa foret stipulatio, cum in contractibus etiam stricti iuris, quoties à verbis aliquo casu sententiam discrepare constat, hæc illis omnimodo præferatur, vt secundum hanc demum, non secundum verba stipulatio committatur, ipsoq; iure tutus sit, qui sententia conuentionis nititur, *l. cum qui Calend. l. inter, §. sacram, vers. pro quo, & vers. vini, l. quicquid astringenza, l. si ita stip. 109. l. si stip. fuero, l. ita stip. in fi. ff. de verb. obl.* ac tũ demum sit opus exceptione pacti vel doli, quando contrahentes propter obstantem iuris dispositionem voluntate consensuq; suo nequeunt efficere, ne quid ipso iure debeatur, *l. obligationum fere, §. placet, ff. de actio. & obl. l. eum qui ita, §. qui ita, ff. de ver. obl.* vel cum is, quem cum aliter conuenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, *l. si quis cum, 36. ff. de ver. obl.* Quod si partes id egerunt, ne pœna, quantumuis commissa secundum verba stipulationis, cum effectu peti posit, si actoris non interfuit, reum eo die sisti, consequens fuerit, moratorem, licet secum agendi potestatem non faciat, nihilominus exceptione semper tutum esse, quia semper verum remanet, actoris non interfuisse, reum illo die sisti, vel certe tam diu, donec actoris iterum desiderantis, vt iudicio se reus sistat, postea interfuit, eum sisti, *l. Celsus, §. 1. ff. de rec. arb.* cum tamen horum vtrumque Caius aperte reijciat, dum exigit, vt intra tres, quinque pluresve dies agendi secum potestatem reus faciat. Sed etsi actor damnum inde non sentit pecuniarium, quod reus præfinito die non stitit, tamen cum id modis omnibus agat, vt quam citissime fieri potest, iudicium & inchoetur, & ad exitum perducatur, quo celerius optatam diu satisfactionẽ consequatur, vel hac de causa pœnam commissam efficaciter deberi necesse est, quia licet ius actoris non sit factum deterius, imo nec pecuniariter eius interfuisse dignoscitur: quale quidem interesse, ad hoc, vt pœna committatur, & efficaciter debeatur, sufficere censet ipse *Donell. in l. stip. ista, §. alteri, nu. 74. ff. de verb. obl.* Quinimo ex hac actoris intentione siue affectione non obscure apparet, neutiquam id, quod Donellus comminiscitur, tacite actum fuisse, cum actor simplici stipulatione minime contentus, omnimodo sibi prospicere, reumq; id comparendum pœnæ metu compellere voluerit, ac si nihil aliud ei comparatio commodi attulisset, in eo tamen profuisset, quod agi citius, illoq; die lis inchoari potuisset.

Aliam *Ant. Fab. d. c. 7.* affert rationem, quod stipulatio *iudicio sisti* nõ tam in promissoris odium interponatur, aut in vtilitatem stipulatoris, quàm propter necessitatem iudicij, quod non datur, nisi post litis contestationem: hæc autem non nisi adversarius in ius vocatus venerit, fieri potest, *§. omnium, inst. de pe. tem. litig.* Proinde qui à reo, nisi stiterit, pœnam stipulatus est, non tam id solum animo agitasse videtur, vt reus iudicio sisteret certo die, quam vt sibi potestas fieret eo die experiendi & agendi. Quo fit, vt iudicio duntaxat moram faciat, qui ad diem non sistit: hac mora si stipulatoris ius minime lædatur, æquum est actionem, quæ ex pœnali stipulatione commissa stricto iure nascitur, elidi per exceptionem, si post modicum tempus arbitrio iudicis æstimandum promissioni suæ reus satisfaciat, siquidem & iudicium omne ex se moram habet, & tractum temporis: Idq; eo æquius est, vt in prætoriis stipulationibus non tam ad coërcendam seuerius promis-

missoris moram, quam ad taxationem eius quod interest, promissa intelligitur, *l. vlt. ff. de prætor. stip.* eaque soluta non ideo minus judicio sistere reus debeat, vt judicium exerceatur. Verum ne hæc quidem ratio tanti videtur esse momenti, vt propter eam speciale quid in stipulatione *judicio sisti* constitui debuerit. Etsi namq; stipulatio *judicio sisti* propter judicij necessitatem interponatur, tantum tamen abest, eam propterea minus quam cœteras stipulationes vtilitatem stipulatoris complecti & respicere, vt potius vel maxime hinc efficiatur, eam principaliter ac potissimum propter stipulatoris vtilitatem fieri. Etenim cum judicium ipsũ, inuito plerumque reo, propter vtilitatem actoris instituatur, vt illo mediante, quod suum est, aut sibi debetur, consequi possit, etiam stipulatio *judicio sisti* interposita judicij gratia, ad eundem cum judicio finem, videlicet actoris, vtilitatem directa sit oportet. An vero dubitabimus, stipulationem *judicio sisti* propter vtilitatem actoris principaliter interponi, cum per illam nihil aliud agatur, quam vt actori pro eo, quod a reo petiit, ita caueatur, vt is hoc nomine securus fiat datis fidejussoribus, *l. 1. ff. qui satisd. cog.* Atqui pœnam sibi commissam consequi, non minima stipulatoris est vtilitas. Hæc agitur, vt in stipulationem principaliter venit, ita par est & æquum, vt efficaciter exigi queat. Ac licet actor, si reus judicio stitisset ad dictum diem, non aliud commodum obtinuisset, quam vt citius egisse videretur, tamen cum ex aduersarij mora stipulatori abiit hæc commoditas, ratio juris exigit, vt vel hac de caussa efficaciter peti pœna commissa possit, cum in pœnæ stipulatione non quid intersit, sed quid pœnæ nomine promissum sit, respiciatur, *l. stipul. ista, §. alteri, ff. de verbor. obl. §. alteri instit. de inut. stipulat.* Quod si mora fit ei, cui sua die non datur à moratore, nec fit, quod ei dari fieriue debebat, *l. si quis solutioni, §. mora, juncta l. mora, ff. de vsur.* certe ipsi stipulatori, non judicio duntaxat moram fecerit oportet, qui dicto die non stitit. Sicut autem ipsi actori mora vere facta, sic pœnam eidem efficaciter esse commissam, necesse est. Cumque judicium plus satis alias moræ habeat, tractumque temporis haud brevem desideret, tanto magis coërcendus est reus, qui frustratione siue mora sua longius adhuc protrahit judicium, multoque diutius aduersarium eludit. Adde quod qui ad diem non sistit, non modo moram, sed & quandam committere contumaciam videatur, dum contempto prætoris imperio, qui ad excludendam rei contumacem absentiam stipulationem *judicio sisti* jussit interponi, nihilominus eo die, ad quem judicio sisti promiserat, reus comparere detrectat. Quanto grauius igitur peccat, quam simplex morator, tanto minus ei permissa esse potest moræ purgatio, quam simplici quoque moratori lapsus die cum pœnæ commissione denegat. Venuleius autem in *l. vlt. ff. de prætor. stipul.* non tam de solis prætoriis, quam quibuslibet aliis loquitur stipulationibus, prout etiam Imperator consulit, vt cuique stipulationi faciendi pœna subjiciatur, ne quantitas stipulationis in certo sit, *§. non solum, instit. de verbor. obligation.* neque ideo minus præsumitur ad moram quoque coercendam pœnam fuisse adjectam, *l. cum stipulati, l. cum stipulatus sim mihi, ff. de verb. obli.* cum etjam eius quod interest resartione mora debitoris coërceatur, *l. si fundum, ff. d. tit.* ipsumque pœnæ nomen, quæ certa quantitas loco eius quod interest in obligationem deducta designatur, satis arguat, eã coërcendi quoq; gratia adijci. Denique nec illud insolens in jure nostro, vt pœna semel cõmissa sit præstanda, quantumvis promissori etiamnum incumbat obseruantia, *l. si sic stipul. ff. de verb. obl.* Sane si pœnam, vt plerique censent, in responso Caij subintelligi necesse foret, probabi-

probabilius esset, verba *secum agendi potestatem fecerit*, accipi cum effectu, *l. 1. §. hac autem, ff. quod quisq. jur. l. si per alium, § docere, ff. ne quis eum,* & in potiore significatione, *l. 1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectigal. l. 1. §. biduum, vbi gl. ff. quando appellan.* quod fit, facta secum agendi potestas non de simplici pollicitatione futuræ comparationis, aut inani accessione ad locum judicij accipitur, sed effectum sortita fuisse intelligitur, actore litem, cuius gratia reum in jus vocauerat, & judicio sisti stipulatus fuerat, instituente siue prosequente: quo casu mirum non est, reum sese aduersus actorem postea nihilominus pœnam exigentem tueri per exceptionem posse, cum actor aduersus reum serius comparentē sine vlla protestatione siue reseruatione actionis ad pœnam quæsitæ in caussa procedendo, moræ purgationem in facta á reo potestate secum agendi consistentem admiserit & approbauerit: quod vbi fit, pœnam licet alioqui commissam petere non potest doli exceptione remonendus, vt Celsus ait *in l. Celsus, ff. de recep. arb. fac. l. vlt. in fi. ff. de eo quod cer. loc.* Foretq; decisio textus eo notabilior quia demonstraret, tum quoque, cum promissor etiam post exactam pœnam ad id dandum faciendumue, propter quod pœnam ante commiserat, compelli potest, vti reus ad comparendum siue judicio sistendum, actorem simpliciter siue tacite admittendo moræ purgationem pœnam efficaciter exigere non posse. Exigitur tamen, vt jus actoris ex mora non deterius factum sit, quia moræ purgatio non subsistit, per quam actor in damno, quod ex mora sensit, remaneat, *l. si ita, §. Seia, ff. de verbo. obl. l. si in lege, §. colonus, ff. locat.* nec factum actoris, dum in caussa procedit, purgationem tacite admittentis impedimentum exigendæ pœnæ præstare debet, quandoquidem effectum sortiri debitum vix potest, *c. non præstat, de reg. jur. in 6.*

23 Ampl. 3. Etiamsi † moræ purgatio non intra modicum tempus, sed post longum temporis interuallum fiat, nihilominus á damnis futuri tēporis liberat, *Angel. in d. l. si insulam, ubi Paph. Cum. Ioan. de Im. nu. 11. & 12. Lud. Rom. Cast. n. 4. vers. & quarta, Alex. n. 12. dicens* veriorem, *Ias. n. 13. dicens* communem, *Rip. n. 30. late Bolog. nu. 97. usq. ad 105. qui n. 102.* communem *perhibet, ff. de ver. obl. Bald. post Guil. de Cum. in l. etsi post tres, n. 13. vbi Castr. nu. 7. & 9. Alex. n. 16. & 17. ff. si quis caut. Salic. in l. si pacto quo pœnam, n. 42. C. de pactis, & in l. magnam, n. 16. C. de contrah. stip. Lortot. in apic. 1. de mora, ax. 25. & in libell. de mora, §. sed usq. vers. tertio. Robert Aurelian. lib. 2. senten. c. 18. Donell. in l. si ita quis, §. Seia, n. 3. & 6. ff. de verb. obl.* & est tex. *in l. si cum dies, §. vlt. ff. de recep. arb.* vbi ICtus modico tempori, quo præterito pœna statim peti possit, opponit tempus, quod est ad litem vsq; contestatam, eoque toto, quamdiu durat, moræ purgationi esse locum asserit. Alius æque clarus in *l. si in lege, §. colonus, ff. locat.* vbi Paulus ait, non semper liberari dominū, qui colonum, cui frui non licuit, secundo vel tertio anno patiatur fundo frui: & quando non liberetur exemplo declarat, nempe tum, quando res eo rediit, vt moram passo purgatione satisfieri nequeat: Vnde liquido patet, Paulum secundo vel tertio anno, & sic post longum temporis interuallum purgationem admittere, dummodo moram passo non sit inutilis, eique satisfaciat. Et quis nescit, post moram primum inchoatam plerumque tempus non modicum, sed satis longum intercedere, priusquam ad litis contestationem perueniatur: Est autem pro regula traditum, vsq; ad tempus litis contestatæ purgari moram posse, *l. 1. ff. de penu lega. d. l. si insulam, quas peculiariter inducit Bologn. in d. l. si insul. n. 102.* Accedit *l. continuus, §. item qui insul. ff. de verb. obl.* vbi à moratore, si liberari velit, non requiritur, vt intra modicum tempus obtulerit; sed sufficit, si quandoque tradidit, vt verba textus habent, quæ

licet

licet ad obligationem dandi, in qua minus dubitationis est, pertineant, idem tamẽ iuris esse in obligatione faciendi coniucunt, cum ICtus vtramq; obligationem quoad moræ purgationem æquipararet. Quid autem iniquius fuerit, quam debitori, nisi tempus intra modicum satisfecerit, moram diutius nocere, temporisq; longioris periculo eum subijcere, quam ipsa durer, cum satis superq; puniatur damnis totius intermedij temporis, quo mora nondum fuit emendata, iurisq; ratio vel maxime requirat, ne pœna delictum excedat, *l. rescriptum, ff. de his qua vt in dign. cum sim.* Atqui cum debitor elapso tempore non modico offert siue paratus est præstare factum siue rem debitam, deinceps non magis per eum stare videtur, quominus det, faciat, quam si modicum intra tempus dedisset, fecisset, eoq; nec amplius est in mora, saltem ratione futuri temporis, *l. 1. §. non exigit, ff. in possess. legat. l. quod te, ff. si cert. pet. l. is qui ex stip. ff. de obl. & act.* Præterea moræ purgatio est ex bono & æquo, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl.* proinde fauorabilis & extendenda potius, quam ad modicum temous restringenda, cum præsertim leges de moræ purgatione loquentes, eam simpliciter admittant, nec distringuant inter modicum longumq; tempus, *l. in re furtiua, l. parui, ff. de condic. furt. l. illud, ff. de peric. & com. rei ven. l. si & per emtorem, ff. de act. emt. l. semel mora, ff. solut. matr. l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. l. qui decem, ff. de solut. cum sim.* & sit quod imputetur moram passo, cur non citius moratorem judicio conuenerit, *fac. l. cum postulassem, in pr. ff. de dam. infec.*

24 Contra † vero duntaxat modico tempore moram purgari licere, censuit *gl. in l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. obl. Petr. & Cyn. in l. si maior, C. de transac. & in l. si pacto quo, C. de pact. Sequitur Bart. in d. l. si insulam, nu. 2 Zas. ibid. nu. 14.* idemq; in obligatione dandi, non autem faciendi, tenet *Steph. Forcat. de mora, p. 3. n. 12.* Mouentur potissimum textu *d. §. Seia*, vbi Scæuola nominatim exigit, vt non multo post morator obtulerit. Sed vt alias interpretum solutiones prætercam, responderi cum *Bologneto in d. l. si insul. nu. 90.* commode potest, ideo moræ purgationem ad modicum tempns restringi, quia propter moram Titij non poterat ad litis contestationem perveniri: Siue enim ex stipulatu actum esset, exceptio solutæ nondum vniversæ pecuniæ contestationi litis obstitisset, siquidem expressam actio ex stipulatione conditionem habebat, si pretium omne cum vsuris solutum fuerit, & constat, exceptionem ad impediendum litis ingressum opponi posse, per quam concluditur, actori jus non competere, *Bartol. in l. cum quærebatur, num. 3. ff. iudic. solui. Castr. & alij in l. nam postea, ff. de iureiu. Abb. in c. exceptionem, de excep. VVurmser. lib. 1. pract. obseru. tit. de except. obseruat. 4. & 5. & Hart. Hartm. lib. 2. tit. de except. obseru. 1.* Siue actio mandati directa intentata fuisset, hac tacitam habebat illa conditionem, si mandator ei, quæ mandatum executa fuerat, impendia obtulisset, *l. si quis alicui, §. impendia, ff. mand. & arg. l. Julianus, §. offerri, ff. de act. emt. & notat in specie Donell. in d. §. Seia, nu. 11.* quæ proinde litis contestationem similiter impediuisset. Accedebat, quod mulier, cui mora facta erat, licet actionem mandati contrariam haberet ad pretium cum vsuris repetendum, non tamen eam intentare poterat, nisi juri, quod mora non purgata ei acquirebatur ad hortos retinendos, tacite renunciaret: quod vt faceret, non magis jure cogi poterat, quam ne exceptionem sibi competentem ad impediendum litis ingressum opponeret. Vbi vero nequit ad litis contestationem perueniri, nedum juste quicquam potest imputari moram passo, cur non judicio experiatur, æquitas ipsa, quæ in moræ purgatione dominatur, vel maxime suadet, moratori neutiquam in perpetuum licere debere moram emendare, siqui-

ſiquidem vergeret in graue præjudicium damnumq; moram paſsi, nec mediocrem diutius in mora perſeuerandi occaſionem præberet, ſed purgandi facultatem oportere circumſcriptam eſſe tempore, quod cum ob caſuum ſive circumſtantiarum nunc breuius, modo prolixius tempus, intra quod mora commode purgari poſſit, exigentium varietatem certa juris diſpoſitione determinari minime potuerit, cognitioni arbitrioq; judicis permiſſa eſt huiuſce rei definitio, *d. §. Seia*, ſic tamen, vt purgari licuiſſe arbitretur, non poſt longum temporis intervallum, ſed intra modicum tempus, *d. §. Seia*, ſiquidem jus noſtrum, quoties ex æquitate alicui ad dandum faciendum tempus indulget arbitrio judicis determinandum, regulariter modicum tempus concedit, vt jus alterius partis, quoad eius fieri poteſt, illibatum ſaluumq; relinquat, *l. ſi cum dies; §. vlt. ff. de recept. arb. l. ſi debitori, ff. de judic. l. promiſſor Stichi, §. ſi ſine, ff. de conſtit. pecu. l. ſi domus, §. in pecunia, ff. de lega. 1. l. debitorib. ff. de re judic. §. vlt. inſt. de inut. ſtip. l. quod dicimus, ff. de ſolut. cum ſimil.* Huiuſmodi namq; tempus nec minimum eſt, nec maximum, tantum tamen, vt abunde ſufficere, intraq; illud, commode dari fieriue queat, *l. ratum, ff. de ſolut. l. quo enim, §. Julianus, ff. rem rat. hab. d. l. debitorib.* Secundo confirmari videtur opinio gl. & Bartoli per *l. etſi poſt tres, ff. ſi quis caut.* vbi quod Caius ait, poſt tres, aut quinq; pluresve dies, Dd. de modico tempore ſive paucis diebus interpretantur, per *l. hac adjectio, ff. de verbor. ſignific.* Sed cum ad litis conteſtationem perveniri nequeat reo non comparente, mirum non eſt, ibi non minus quam *in d. §. Seia*, modicum tempus ad moram purgandam & judicio ſiſtendum reo præſtitui ſecundum interpretationem *Dd. ibid. traditq; præ cæteris Bolognet. in d. l. ſi inſul. num. 101.* Tertiò per *l. ſi in lege, §. colonus, verſ. quod ſi paucis, ff. locat.* vbi fruſtra moræ paucorum dierum bis meminiſſet Paulus, ſi poſt temporis haud modici prohibitionem locatori moram purgare liceret. Verum ideo paucorum dierum meminit, quia voluit oſtendere, quandoque vſu venire, vt locatori, quantum vis frui prohibuerit, integra merces debeatur, vt ex verbis *nihil ex obligatione minuet*, liquido patet: Id autem fieri vix poteſt, niſi paucis modo diebus prohibuerit, & omnia colono adhuc in integro ſint: Alioqui ſi demum poſt longum tempus, puta, ſecundo vel tertio anno patiatur frui colonum nondum rebus alijs alligatum, moram quidem locator ea ratione pro futuris annis purgabit, vti liquet *ex d. §. colonus, verſ. nec enim*, merces tamen eius temporis, quo frui colonum non eſt paſſus, ipſi deducetur, cum deceſſerit etiam colono fruendi facultas & commoditas, *arg. l. curabit, C. de actio. emt. l. Iulianus, §. ex vendito, ff. d. t. juncta l. ex conducto, §. 1. & l. ſi vno, §. item cum quidam, & §. vbicunq; ff. loca. l. licet certis, C. de loca.* Quarto per *c. propter ſterilitatem, & c. potuit, de locat.* quæ celerem ſatisfactionem in emendatione moræ deſiderant. Sed hoc ea de cauſſa fit, quod ex diſpoſitione juris ob non ſolutum toto biennio vel triennio canonem emphyteuta, ſi dominus hoc voluerit, ſeq; velle declarauerit, cadat a jure ſuo, expelliq; poſsit, *l. 2. C. de jure emphyt.* vſque adeo, vt de rigore juris civilis moram purgare ne quidem intra modicum tempus queat, ſecundum communem Dd. ſententiam, de qua poſt Iaſ. *in d. l. 2.* teſtantur *Ripa in d. l. ſi inſul. n. 39. Couarr. lib. 3. variar. reſol. c. 17. nu. 4. & Clarus §. emphyteuſis, q. 8. in fin. plures pro eadem allegat Carol. Molin. ad conſuet. Pariſ. t. 2. §. 62. n. 10.* Nil mirum igitur, ex mera æquitate jure Canonico fruſtratori ſubveniri hactenus tantum, vt pœnam jure præſtitutam celeri demum ſatisfactione vitare queat ante declarationem à domino factam. Deniq; ratio gloſſ. & Bartolo ſuffragatur, quam adducit *Iaſ. in d. l. ſi inſulam, nu. 13.* quia ceſſare videtur æquitas, quando multum temporis præterit, priuſquam mora purgetur, quoniam

niam quo diutius mora continuatur, eo fit grauior. Iam vero, si diligentius expendas, æquitas etiam subest, quando multo post mora purgatur, cum nihil damni senserit creditor, aut si quod senit intermedio tempore, nō possit emendari mora, nisi damnum ei resarciatur, ac debitor periculo temporis eius, quo per ipsum non amplius iterit, subjacere minime debeat, creditorq; citius agendo facultatem purgandi moram tollere vel minuere nō incommode potuerit. Non est igitur dubitandū, quin elapso tempore longo moram adhuc purgare liceat. Illud magis inter interpretes dubium, an etiam die certo dationi factoue à disponente siue contrahentibus præstituto, mora multo post, vel ad litem vsq; contestatam purgari possit? Et no nisi modicum intra tempus emendari tunc posse, censuit *Angel. in d. l. si insul. vbi Bald. num. 2. Raph. Cum. Castr. nu. 4. vers. est & quarta, Ias. nu. 14. Ripa n. 30. & 31. dicens* communem, *prout etiam Alexar. ibid. n. 13. testatur*, *modernos eam* communiter *sequi: tenet eandem Joan. Saporta de mora, c. 4. n. 138. Stepha. Forcat. de mora, p. 3. n. 7.* Mouentur *l. 1. l. ita quis. §. Seia, ff. de verb. oblig. & l. eius post tres, ff. si quis caut. l. si in lege, §. colonus, ff. locat. l. propter sterilitatem, & l. poen. t. de locat.* quibus præstationi dies siue certum tempus est assignatum, & emendationi moræ non nisi modicum tempus permittitur. Sed cum ex adductis modo responsionibus appareat, alijs de caussis in allegatis textibus requiri modicum tempus atq; considerari, vti nec diffitentur, qui cum Angelo sentiunt, nequaquam hisce legibus eorum opinio firmiter comprobari potest: Non minus enim eis, quam gl. & Bartolo præcitatæ responsiones obstant. Quocirca
25 † veriorem arbitror eorum esse sententiam, qui statuunt, etiam in obligatio ne in diem post longum temporis intervallum purgationi moræ locum esse, *vt voluit Ioa. de Imo. in d. l. si insul. n. 12. vbi Alex. n. 13. Bologn. n. 102. dicens* communem *resolutione*, *& n. 104. Loriot. in apic. t. de mora, ax. 25. & in lib. de mora, §. sed vsq. vers. tertio, Donell. in d. l. si ita quis, §. Seia, n. 3. 5. & 6. Robert. lib. 2. senten. c. 18.* Nititur ijs, quæ paulo ante adducta fuerunt, fundamentis: hæc enim generalia sunt, nec minus in obligatione in diem, quam in purâ sibi locum vendicant, adeoq; *d. §. colonus*, certum tempus habet contractui locationis appositum, moræ tamen emendationem elapso tempore nōn modico admittit. Cumq; non minus mora contrahatur, facta per hominē interpellatione, lapsuq; temporis a lege subintellecti, intra quod commode fieri poterat, quam lapsu diei certi nominatim obligatione comprehensi, etiam vtrobiq; mora purgetur, nec tamen satis idonea reddi posse ratio videatur, cur modo posteriore contracta duntaxat intra modicum tempus, alterutro priorum inducta multo post emendari queat, certi diuersitas juris inter moras non nisi modo committendi inuicem differentes admitti sine manifesta legis dispositione minime potest, *l. a Titio, ff. de ver. obli.* Ponderat quidem Ripa *in d. l. si insul. nu. 31.* rationem ab Alexandro traditam, diem obligatione nominatim comprehensum esse certum, à lege autem subintellectum non esse omnino certum, quippe certificandū arbitrio judicis: Sed parum ea vel nihil ad rem facit, quæ caussa fuit, vt Alex. ab Angelo dissenserit. Præterquam enim, quod non congruit moræ per hominis interpellationem inductæ, negari non potest, promissorem facti certum esse tam posse quam debere, quantum temporis expediendo facto sufficiat, *l. continuus, §. item qui insul. ff. de ver. oblig. Dd. in d. l. si insul.* alloqui si propter incertitudinem lapsum temporis scire nequiuisset, moram non contraxisset. Nec arbitrium judicis exigitur, vt sciat reus, quando factum consummare debeat: scit enim per sese tenetúrq; consummare, quam primum commode potest, sed tunc demum interponitur, cum inter partes controuertitur, anne mora commissa sit, asserent-

ferente actore, negante reo: huic controuersiæ dirimendæ, quæ quidē frequentius super mora lapsu diei subintellecti contracta, non raro tamen etiam super mora, quam dies expressus inducit, quippe contra quam difficultas, angustia, ignorantia, & id genus alia possunt allegari, moueri solet, arbitriū judicis est necessarium. Quod si maxime detur, certiorē esse diem expressum eo qui a lege subintelligitur: non tamen ideo fuerit æquum, morā illius lapsu contractam elapso modico tempore purgari non posse, præsertim cum dies subintellectus non minus quam expressus moram inducat, eoq; licet certitudine nonnihil differant, in effectu tamen, circa quem ratio diuersitatis esse debebat, sint pares, nec quicquam discrepent, vt interpellationē expressi diei non plus quam hominis interpellationem operari, recte pronūciarit *Zas. in d. l. si insul. n. 7.* Quinimo, pro sententia nostra tex. est *in l. sed et si alia, ff. de const. pecu.* vbi mora ex die nominatim obligatione compræhenso contracta fuerat, neq; tamen exigit Paulus, vt non multo post, siue modicum intra tempus offeratur, sed generaliter & indistincte pronunciat, æquū esse succurri reo alia die offerenti, prout etiam in eandem sententiam verba edicti sub finem interpretatur, nihil minus exigens, quam duntaxat intra paucos dies, exiguumq; tempus fieri. Quodq; omnino æquū esse censeat, reo quandocunq; ante litē contestatam emendanti moram succurri, partim ex eo colligitur, dū judicij meminit, ad quod vsq; tempus actori factū noceat, partim etiam ex fine præcedentis legis, vbi Vlpianus quærit, verba prætoris *neq; fecisse*, verum ad tempus constituti pertineant, an vsq; ad litis contestationem trahi debeant: & ad constituti tempus pertinere respondet: quod Paulus in sequenti *l. sed et si*, declarans, morā quidē diei lapsu contrahi admittit, postea tamen offerendo eam purgari posse, æquum censet, vt ad alterum vsq; tempus, litis nempe cōtestationis, (nec enim aliud

tempꝰ, quo purgandi facultas restringatur, eo loco Paulus, nec Vlpianus in fine præcedentis legis commemorat) saltem purgationis ratione verba edicti trahenda videantur. Actori porro interpretum plurimi non nisi modico tempore moræ purgationem permittunt, per *d. §. Seia*, quem tale quid vix probare liquet ex responsione prius ad illam textum data. Proinde † etiam 26
elapso longo tempore purgari moram ab actore posse, magis communiter interpretes tenent, teste *Bolagn. in d. l. insul. n. 255. vers. unde magis, & est tex. in l. mancipior. ff. de opti. a. lega. l. 1. §. si frater, ff. de colla. bono. & fac. l. si rem, §. vlt. ff. de pignor. act.* Aliam huius ampliationis restrictionem tradit *Ripa in d. l. si insul. nu. 33. ex doctrina Alex. ibid. nu. 1.* ne scilicet mora faciendo commissa emendari queat nisi modico tempore. Mouentur textu *d. l. si in lege, §. colonus, ff. locat.* qui manifeste contrarium probat, vt ex prædictis abunde patet. Quare † tum demum huic amplia- 27
tioni non erit locus, cum vel ad litis contestationē, qua facultas purgandi finiatur, perueniri nequit, vt in casu *d. l. si stta quis, §. Seia, ff. de ver. obli. l. et si post tres, ff. si quis caut.* aut nominatim aliquo casu purgandi facultas ad modicum tempus restricta reperitur, vt in emphyteuta Ecclesiæ, *c. propter sterilit. c. potuit, de loca.*

Ampl. IV. etiamsi moram debitor 28
nec per sese, nec per procuratorē purget, sed ipsius siue scientis siue ignorantis nomine alius, nihilominꝰ a periculo futuri temporis immunis erit, ne æstimationis deinceps mutatæ aduersus eum ratio haberi queat, *Bart. in l. qui decem, § si cum mihi, n. 2. vbi Bald. n. 2. Ioan. de Imol. n. 3. & 4. Castr. n. 2. ff. de solution. Bart. in l. mora, ante n. dicens omnes hoc tenere, vbi Ioan. de Imol. nu. 2. Castr. n. 2. Alex. n. 4. ff. de verb. obli. Ias. in l. eum qui, §. si hominem, n. 11. ff. d. t. Bald. in l. acceptam, nu. 64. C. de vsur. Bolagnet. in l. quod te, nu. 35. ff. si cert. pet. Molin. de vsur. q. 45. nu. 331. dicent.* omnes *Dd. ita tenere. Ant. Negusant. de pignor. p. 5. princ. memb. 3. p. 3. num. 2. vers. & istud.*

Tex,

Tex. est notabilis *in d. l. qui decem, §. si cum mihi, vers. sed quid si ignorante*, vbi Marcellus aperte profitetur, moratorem periculo liberari, quando ipso ignorante alius creditori stipulanti debitum promisit, aut nomine moratoris obtulit, quantumvis creditor accipere noluerit. Suadet hoc ipsum manifesta juris ratio: Est enim vnicuique de jure licitum ac permissum solvendo vel inuito creditori, quod ei debetur, alterum obligationis nexu liberare, *l. solvendo, ff. de neg. gest. l. solutionem, l. si pro me, l. soluere, ff. de solut. & in pr. inst. quib. mod. toll. obli. l. nulla, C. de solut. l. vlt. C. si antiq. cred. l. cum & postlimi, C. de capt. & postl. reuer.* Atqui moram emendare nihil aliud est, quam post moram offerre sufficientem solutionem, *l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. obl.* Consequens igitur, vt quisq; vel inuito creditore possit alterius quantumvis ignorantis mo-
29 ram purgare. Et † hoc quidem in obligatione dandi, excepta Baldi limitatione *in d. l. acceptam, nu. 64. C. de vsur.* sine dubio procedit: Secus in obligatione faciendi, quia facti promissorem regulariter alius faciendo liberare nequit, eoque nec moram eius faciendo purgare potest, *gl. in l. inter artifices, vbi Bart. nu. 1. Bald. nu. 1. Castr. n. 2. & reliqui, ff. de solution. Ioan. de Imol. in l. nemo est, n. 3. ff. de duob. reis, Zas. post alios in l. continuus, §. si ab eo, nu. 3. ff. de verb. obligat. per d. l. inter artifices, l. si fideicommissa, §. vlt. ff. de lega. 3. l. si non sortem, §. libertus, ff. de condic. indeb. cum simil.* nisi creditore consentiente faciat, *arg. d. l. inter artifices*, aut subiit casus, quo per alium præstare factum promissum licet, *l. continuus, §. si ab eo, vbi gl. Bart. & Dd.* communiter *Aretino ibidem teste, n. 17. ff. de verb. oblig.*

30 Ampl. V. Nam qui moram suam emendauit, in futurum ab æstimatione quanti plurimi, siue periculo decrescentis æstimationis ipso jure liber est, *Bart. & Dd. in l. qui decem, ff. de solut. Lotot. in epic. t. de mora, ax. 22. & in Libell. de mora, §. nunc de purgatione, vers. advertendum.* Tum, quia verbum *liberari*, quod Marcellus *in d. l. qui decem, §. 1.* aliquoties vsurpat, denotat quem ipso jure, non exceptionis ope demum tutum fieri, *l. cum quis, §. 1. ff. de solut. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 3. gl. 2. n. 20.* Tum, quia non est exceptio, nisi aduersus actionem jure ciuili comparatam, *l. 2. ff. de except.* Quæ vero post moram præstanda venit æstimatio quanti plurimi, jure actionis exigi nequit, officio saltem judicis adjudicanda venit, *l. vinum, ff. si cert. pet. l. vlt. ff. de condic. trit. & vtrobiq. Dd. l. Ædiles. §. item si secundum, ff. de ædil. edic. l. si quod ex Pamphila, vbi Dd. ff. de leg. 1. l. centum Capuæ, ff. de eo quod cer. loc. l. si seruum, §. vlt. ff. de ver. obli. l. semper, §. officio, ff. quod vi aut clam, Donell. in l. in hac, n. 21. ff. de cond. trit.* Quare ab ea potius ipso jure, quam exceptionis ope immunis erit, cum eri non excipiatur, satis tamen emendanti moram per officium judicis consulatur, quo a tempore purgatæ moræ ratio æstimationis quanti plurimi non amplius aduersus eum habebitur, *l. vlt. ff. pet. her.* Tum, quod æstimatio, quanti plurimi post moram emendatã res est, ne quidem judicis officio, vt vocant, mercenario debita fuerit tempore moræ nondũ purgatæ, siquidẽ quod non est, deberi nequit, *l. verum est, in fi. ff. pro soc. l. si seruum, §. si modus, ff. de actio. emt. l. interdum, ff. de V. O.* postquam vero mora per emendationem extincta fuit, etsi tunc actu existat, multo minus tamen deberi potest officio judicis, siquidem caussa propter quam demum judex illius rationem habere solet ac potest, nempe mora vel culpa, tunc temporis deficit, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Dubium vero non est, quin sit ipso jure quis ab eo tutus, quod ne quidem officio judicis, nedum jure actionis cuiquam debet. Tum, quia post moræ purgationẽ perdita re debita teneri debitor ipso jure desinit, *l. qui decem, ff. de solut.* cum tamen ea fuerit in obligatione, & ad ipsam cũ ante, tum post moram actio competierit: multo magis igitur ipso jure liber sit, oportet a diminutione æstimationis,

quæ post extinctam purgatione morā quandoque plurimi fuit, neutiquam tamen peti potuit, quippe pro qua nunquam obligatio vel actio competijt. Sed cum hæ rationes in obligationibus dandi solummodo locum habeant, nunquid etiam in obligatione faciendi purgatio moratorem ab æstimatione eius quod interest ipso iure

81 liberet, quæstionis est? Et † ipso iure liberari debitorem, censuit *Bart. in l. et si post tres, num. 5. vbi Angel. Castrens. num. 6. ff. si quis caut. Cuman. in d. l. si insulam, vbi Ias. nu. 7. Ripa num. 8.* communemq; *dicit ibid. Bolognet. num. 73.* pro qua sententia textus ibi ponderari potest, cum Paulus vtatur verbo *liberari*, quod, vt dixi, propria sui significatione, quem ipso iure teneri desinere denotat, *l. cum quis, §. 1. ff. de solut.* Ad idem tex. *in l. continuus, §. item qui insul. ff. de verb. oblig.* vbi Venuleius non modo verbo *liberari* vtitur, sed & obligationem faciendi quo ad moræ purgationem æquiparat obligationi dandi, in qua moratorem ipso iure per emendationem liberari ostendimus. Sed in contrarium tex. est *in d. l. et si post tres*, qua Caius ait, eum defendi debere per exceptionem: Huic vt satisfieret, variæ sunt excogitatæ solutiones, quas recenset atque reprehendit *in d. l. si insul. Iason num. 7. Ripa num. 8. Cretus Niger num. 52. Bolognet. num. 72.* Cro-

82 tus † autem *in d. l. si insul.* responso Caij motus, moratorem faciendo ante litem contestatam non nisi exceptionis ope tutum esse statuit: idemq; tenet *Ioan. Saporta de mora, c. 4. n. 127.* Pro confirmatione Crotus insuper allegat *l. interdum, §. vlt. ff. de verb. oblig.* & ponderat *d. l. si seruum, §. sequitur*, vbi ICtus moræ purgationem ex æquitate admitti scribit, eoq; de rigore iuris adhuc teneri, nec nisi per exceptionem defendi debitorem innuit, siquidem qui æquitate defensionis infringere actionem potest, exceptione doli tutus est, *l. qui æquitate, ff. de excep. dol.* & ad *d. l. si insul. & d. l. continuus, §. item qui*, respondet, eas de liberatione, quæ exceptionis ope fiat, esse accipiendas, euitandæ contrarietatis gratia, cum non sit nouum in iure nostro, verbum liberationis in hac quantumvis impropria significatione vsurpari, vt in *l. qui hominem, §. stipulatus, ff. de solut.* prout illum textum interpretantur ibid. *gl. Bart. & Dd. per l. vlt. §. cum mihi, ff. de verb. oblig.* Verum *d. l. interdum, §. vlt.* nihil Croto suffragatur: Loquitur enim in terminis longe diuersis, cum scilicet quantitatis debitor moram oblatione purgauit, quem interitu quantitatis oblatæ ideo non ipso iure liberari constat, quia cum certam speciem non debuerit, sed quantitatem in genere, non potest dici, si, quæ fuerat oblata, postea perijt, eam perijsse, quam debuit, *l. in ratione, §. incertæ, ff. ad leg. Falcid. l. incendium, C. si cert. pet.* Quæ ratio cum iam in promissore facti, quam in debitore speciei cesset, non magis ille textus promissorem facti, quam debitorem speciei purgatione moræ non ipso iure liberari, probare poterit. Similiter ei nec quicquam patrocinatur *d. §. sequitur*, cum ex æquo & bono, siue propter æquitatem non minus ipso iure, quam exceptionis ope succurratur, & exceptione doli tum demum sit opus, quando actionē adhuc durare, nec sublatam esse constat, *d. l. qui æquitate*, insuper facta purgatione non modo debitor in mora non amplius esse, sed & superiorem moram extingui perhibeatur, qua sublata pariter quoq; sublatum esse illius effectum, nempe actionem ad id quod interest, ac vi consequentis ipso iure liberationem contigisse necesse est, *c. cum cessante, de appell. cum sim.* Celsusq; moræ purgationem ex æquo & bono statuens, nominatim vtatur exemplo desumto ex obligatione speciei, vbi constat, intereunte post oblationē specie debita ipso iure debitorē teneri desinere, *l. qui decem, vbi Dd. ff. de solut.* quem duntaxat exceptionis ope tutū esse oporteret, si purgatio moræ propter æquitatē, ex qua dependet, liberationē ipso iure nō posset inducere.

l. vlt.

l. vlt. §. cum mihi, ff. de verb. oblig. Rectius pro hac sententia, quam dicitur esse veriorem *Bolagnet. in d. l. si insul. n. 74.* adduci potuisset illa iuris ratio: quod ob moram promissoris commissa stipulatio fuerit ad interesse, *Dd. in d. l. si insul. Ioa. Robert. lib. 2. senten. c. 18. tex. est in l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de collat. l. si ita stipulatus, 14. l. stipul. non diuid. 72. §. vlt. l. existimo, §. vlt. l. cum stipulatus sim mihi, §. vlt. ff. de verb. oblig. si cum dies, §. vlt. ff. de recept. arb. l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid.* idemq; satis probat *d. l. si insul. & d. l. continuus, §. item qui,* siquidem agi ad interesse minime posset, nisi ante litem contestatam commissa fuisset ad illud stipulatio, nec id judicis officio, sed jure actionis ex stipulatione commissa natæ venit exigendum, *l. si pœnam, 68. l. quoties quis alium, 81. l. si ita stipulatus, 97. §. 1. d. l. existimo, §. vlt. l. si quis stipulatus, 112. §. vlt. ff. de verb. oblig.* Fieri vero purgatione moræ nequit, ne commissa sit stipulatio, *l. verum est, 31. ff. de reg. jur.* nec actio competens ad interesse, præsertim intentata, tolli posse videtur præstatione facti, quod est ab eo quod interest, in rei veritate planè diuersum, siquidem aliud pro alio inuito creditori solvi non potest, *l. 2. §. 1. ff. si cert. pet. cum simil.*

33 Cæterum † vt *d. l. etsi post tres,* cum *d. l. si insul. & d. l. continuus, §. item qui insul.* sic isthæc sententia cum communi, si diligentius expendatur, fœdere distinctionis non incommode conciliari poterit. Aut enim morator ita moram emendauit, vt nondum integre pleneq; satisfactum sit, siue in eo, quod vigore obligationis fieri debet, siue in eo, quod vltra facti æstimationem creditoris ob moram interest, & locus erit posteriori sententiæ, vt debitor non nisi exceptionis ope se tueri possit à præstatione eius, quod in totum creditoris interest: Probat hoc euidenter *d. l. etsi post tres,* vbi reus sistendo siue secum agendi potestatem faciendo moram quidem purgat, nec tamen vnica illa comparitioni stipulationi *judicio sisti* integre pleneq; satisfacit, cum in judicio permanere, siue quoties opus erit, deinceps etjam comparere teneatur vsq; ad litis determinationem, *§. sed hodie, inst. de satisd.* Quo fit, vt per exceptionem demum, non ipso jure tutus sit. Confirmatur etiam ratione: Siue enim post huiusmodi purgationem, quæ nondum integre satisfactum est, quid etiamnum faciendum supersit, non potest ipso jure debitor esse liberatus: cum, quod facta pleraq; diuisionem non recipiant, *l. stipul. non diuid. vbi Dd. ff. de verb. oblig.* nec operis effectus in partes scindi posit, *l. in executione, §. secunda, ff. de verb. oblig.* Imo vix aliquid actum censeatur, vbi quid agendum superest, *Francis. Viu. lib. 2. decis. 224. n. 1. plures allegans:* tum etiam, quia oporteret actionem ad id, quod in totum interest, extinctam esse, qua sublata, si quod faciendum superest, non faciat debitor, nulla competet amplius ad interesse actio, quia prior extincta fuit, noua nasci nequit, cum stipulatio semel ad interesse totale commissa non amplius committatur, *l. si ita quis stipuletur, 63. ff. de verb. oblig. l. cum quærebatur, ff. judic. solut. & vtrobiq; not. per Dd. & in l. si sit, ff. de ver. oblig.* Absurdum vero, juriq; maxime contrarium, promissorem qui facere negligat siue detrectet, stipulatori non teneri ad interesse, *l. si quis ab alio, §. vlt. ff. de re judic. l. stipul. non diuid. vers. Celsus, ff. de verb. oblig. cum concor.* Siue nihil faciendum supersit, pluris tamen creditoris interfuerit, quam sit facti æstimatio, ne tum quidem ipso jure tutus esse potest: cum, quia licet obligatio ad interesse diuidua sit, *d. l. stipul. non diuid. vers. Celsus,* tamen ipso iure ab ea liberatio per huiusmodi purgationem ne quidem pro parte fieri potuit, siquidem moræ purgatio impeditur, si quid vltra id, in quo debitor moram fecit, creditoris interfit, nisi scilicet etiam hoc ipsum, quod vlterius ipsius interest, soluatur, *l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. oblig. l. vtiq; ff. de recept. arb. l. si in lege, §. colonus, ff. loca. d. l. etsi post tres Dd. in*

d. l. si insulam: Tum, quod alioqui creditor integram purgatione moræ satisfactionem minime consequens cogeretur accipere particularem solutionem, quod juris ratio non admittit, *l. tutor, §. Lucius, ff. de vsur.* Tum, quia solutio particularis nequit impedire, ne stipulatio committatur, & quidem in solidum, *l. stipulationem, 5. §. vlt. l. in executione, §. item si, ff. de ver. obligat.* ac ne quidem ad pignus pro parte liberandum prodest, *d. §. item si.* Multo minus igitur ipso jure ab obligatione jam commissa ad interesse liberare pro parte vel in totum poterit. Sed cum factum infectum fieri nequeat, nec si posset, vtilitatem debitor, quæ sibi propter factum abest, recuperaret, factique æstimatio in eo quod interest compræhensa in effectu cum facto eadem sit, *l. si & rem, ff. de petit. hered. cum simil.* neque bona fides vel æquitas admittat, vt quis idem bis consequatur, *l. bona fides, ff. de regul. jur.* merito debitor adversus actionem stricto jure competentem sese per exceptionem tueri potest, *l. qui æquitate, ff. de exceptio. dol.* Aut morator ita moram emendavit, vt integre pleneq; sit obligationi satisfactum, tam in eo, quod vigore obligationis fieri oportuit, quam in eo, quod vltra facti æstimationem interfuit creditoris, & communis erit hoc casu amplectenda sententia, quæ clare probatur per *d. l. si insul. & d. l. continuus, §. item qui insul.* Etsi enim vtrobique simpliciter dicatur, moratorem faciendo liberari ante litem contestatam, nihil tamen obstat, quo minus verbum faciendi de totali implemento seu facto consummato, integraq; satisfactione intelligatur, cum quoties de re aliqua dubitatur siue disponitur, habilitas omni alio respectu præsupponenda sit, *l. qui testamento, ff. de testam.* ac si, quod inficias iri nolim, maxime sit eo etiam de facto intelligendum, quod in solidum obligationi minime satisfacit, tamen vterq; textus *per d. l. etsi post tres,* satis declaratur, quod in tali casu non nisi de liberatione per exceptionem intelligi possit ac debeat. Nec obstat isto casu illa, quam pro sententia Croti adduxi, ratio. Quamvis enim in obligationem faciendi veniat id quod interest, debitor tamen vigore obligationis contractæ habet facultatem præstandi factum, quam licet summo jure cessatione sua amiserit, vt propterea, quia non fecit, quod facere debuit, commissa fuerit stipulatio ad interesse, tamen ex æquo & bono, quod in emendatione moræ prævalet, eandem retinet, vt quod promissor ante morã offerre potuit, idem & post moram offerre possit, vt moram purget ex æquo & bono, eiusve, ad quod alioqui summo jure commissa fuit stipulatio, quodq; actu deberi cœpit, præstationem etiamnum euitet, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* quod in obligationibus faciendi, in quas id quod interest expresse non deducitur, eo minus mirũ, cum idipsum ex eadem æquitate sit alias quoq; regulariter permissum, quoties ob moram aliud deberi cœpit, etiamsi nominatim, nisi promissum vel in vltima voluntate relictum detur, certa quantitas in obligationem deducta sit, *l. si cum dies, §. vlt. ff. de recept. arb. l. 1. ff. de penu lega. l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid. l. cum sine, ff. quando dies legat.* Quare cum facultas facto sese liberandi ab eo quod interest, jure moratori ex æquo & bono competat vsq; ad litis contestationem, isq; faciendo, ac si quid vlterius ob moram interest, solvendo integre pleneq; satisfaciat, & eius quod debetur, quodve pro eo, quod petitur, soluere vigore obligationis aut juris permissione licet, perimatur obligatio, *vt in pr. inst. quib. mo. toll. obliga. l. manifesti, C. de solut.* consequitur, eum ipso jure liberari, prout etiam aperte liquet ex *d. l. si cum dies, §. vlt.* dum Celsus negat agi ex stipulatione quantumvis commissa, ad pœnam, nedum ad interesse posse, si quod arbiter dari fierive jussit, ante acceptum judicium detur aut fiat. Is enim exceptionis ope

demum

demnm turus, contra quem agi potest, *l.2. ff. de except.* Eandem hac in parte distinctionem tenuisse videtur *Castr. in d. l. etsi past tres, num. 6. Ripa in d. l. si insul. numer. 8. & ibid. Bologner. num. 74.*

34 Ampl. VI. Quamvis debitor generis aut quantitatis nullam certam speciem, proinde nec eam, quam emendandæ moræ gratia offert, debeat, sed rem sive quantitatem in genere, moræ tamen emendatio non modo in eo debitorem releuat, ne si mutatio valoris in debito genere deinceps eveniat, ipsi damnosa sit, verum insuper in eo, ne res oblata in posterum ipsius periculo deterior fiat, sed hoc quoque damnum ad creditorem pertineat, dummodo non culpa debitoris evenerit: *Ita sensere Dd. in l. interdum, §. ult. ff. de verb. obligat. & in l. qui decem, ff. de solut. Ioa. Saporta de mora, c. 3. numer. 90. Stephan. Forcat. de mora, p. 2. numer. 38. Albert. Brun. de dimin. & deterior. conclus. 24. num. 151. Sebast. Medic. de fortuitis casib. p. 1. q. 4. num. 52. Gabr. Roma. lib. 3. comm. concl. 1. de reb. cred. conclus. 1. num. 6.* & est tex. *in d. l. qui decem, in princ.* Cum enim non amplius ipsius periculo res oblata intereat, multo minus ipsius periculo deterior fiet, siquidem in eo quod plus est, semper inest & minus, *l. in eo quod plus, ff. de regul. jur.* Suadet idem ratio juris tam a Marcello, quam Paulo considerata: Etenim debitor, quamvis antea moratus fuerit, non tamen inde damnum sentire debet, quod postea offerente ipso creditor accipere noluit, *l. semel mora, ff. solut. matr.* quia non est æquum, debitorem ad rem integræ bonitatis teneri re oblata deteriore facta, qui non teneretur, si creditor, vti debuisset, accipere voluisset, *d. l. qui decem.* Adde quod mora non nisi quo vsq; durat, moratori nocere debeat, semperq; mora posterior eam committenti damnosa sit, *l. illud, ff. de peric. & comm. rei ven.* Atqui per oblationem debitor non modo moram emendat, sed & creditorem accipere sine justa caussa detrectantem, sive per quem stat, quo minus accipiat, in mora constituit, *d. l. illud, l. si & per emtorem, §. ultim. ff. de action. emt. Bart. post antiquiores in l. si seruum, §. sequitur, nu. 3. vbi Raphael Cum. Ioan. de Imol. num. 5. dicens* communem, *Castrens. numer. 3. Aretin. nu. 18. dicens* verissimam, *Alexan. nu. 6. Ias. nu. 11. dicens* omnes *excepto Angelo cum Bartolo tenere, Zas. num. 7. ff. de verb. obligat. Molin. de vsur. q. 39. num. 304. Cuiac. ad Afric. tr. 8. in l. si soluturus, ff. de solutio. Anton. Negusant. de pignor. par. 5. princ. memb. 3. p. 3. num. 2. vers. secundus effectus.* Par est igitur, vt detrimentum post oblationem eveniens ad creditorem potius in mora constitutum, quam ad debitorem tunc temporis in mora non amplius existentem pertineat, *c. mora, de regul. jur. in 6. fac. l. nulli, C. de erogat. milit. annon. lib. 12. Negusant. loc. rel.*

Ampl. VII. Quamvis morator creditore rem oblatam non accipiente neutiquam liberetur obgatione, ne quidem exceptionis ope, nedum ipso jure, *l. sed si postea, ff. de recep. arb. l. illud, ff. de peric. & comm. rei ven. l. tutor pro pupillo, §. ult. ff. de admin. tut. l. acceptam, C. de vsur.* nisi obsignauerit eandem, atq; deposuerit, *l. 1. §. si pecunia, in fin. ff. depos. d. l. acceptam, l. obsignatione, vbi præ cæteris Donell. num. 14. C. de solut.* tamen ad moram purgandam, vitandumq; damnum, quod ex futura æstimationis mutatione foret expectandum, sola sufficit oblatio creditori non accipienti facti citra obsignationem aut depositionem, *l. iure furtiua, ff. de condic. furt. l. quod si Ephesi, §. interdum, ff. de eo quod cer. loc. l. illud, vers. quid enim, ff. de peric. & comm. rei vend. l. si mora, l. semel mora, ff. solut. matr. l. interdum, §. ult. l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. oblig. l. qui decem, ff. de solut. vbiq; Dd. Donell. in d. l. obsignatione, n. 15. Anton. Negusant. de pign. quinta parte princ. memb. 3. p. 2. nu. 5. vers. secundo modo, & p. 3. n. 2. Loriot. in libell. de mora, §. nunc de purgatione, Carol. Molinæ. de vsur. q. 39. n. num. 303. Stephan. Forcat. de mora, p. 1. num. 20. Bronch.* ἐναντιοφ- 35

cent. 2. asser. 1. dum modo fiat oportuno tempore locoq;, *l. si soluturus, vbi Dd. ff. de solut. Donell. in d. l. obsignatione, n. 9. & 10. Negusant. d. p. 2. n. 9. Vinius lib. 4. decis. 525. n. 2. Forcat. d. p. 1. nu. 16.* & integrum offeratur debitum, tam accessorium quam principale, *l. tamdiu, C. de distrac. pignor. l. 2. C. debitorem vend. pignor. d. l. acceptam, & d. l. obsignatione, l. grege, §. vlt. ff. de pignor. l. tutor, §. Lucius, ff. de vsur. vbiq; Dd. gl. Bart. & Dd. in l. qui sibi ant Titio, §. 1. ff. de solut. Ripa in l. quodte, n. 22. ff. si cert. pet. Negusant. d. p. 2. n. 8. vers. tu vltra. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 2. §. 62. nu. 87. Brunus de diminut. & deterior. con. l. 16. nu. 94. Ruin. consil. 131. n. 12. lib. 1. Guzad. cons. 57. n. 15. Menoch. cons. 718. num. 7. lib. 8. Bron. b. cent. 1. assert. 63. ac prae caeteris Donell. in d. l. obsignatione, nu. 8. late post alios à sese longa serie relatos Tiraquell. de retrac. conuent. §. 4. glos. 6. n. 23. vsq. ad 30.* Haberet enim alioqui justam recusandi caussam creditor, qui solutionem recipere particularem non tenetur. *d. l.*
36 *tutor, §. Lucius, Dd. loc. modo rel.* Nec † sufficit offerre verbotenus tantum, asserendo se paratum solvere, quod sensisse Dd. nostros Loriotus autumat *loc. rel.* sed realis oblatio fit oportet, qua rem siue quantitatem soluendam vna secum apportet siue adducat, & creditori praesentet, *Bartol. in l. praetor, §. si quis paratus, cum quo transeunt ibid. reliqui, ff. de noui oper. nunc. Angel. in l. si mora, vbi Ioan. de Imol. nu. 2. Castr. n. 8. & 9. Alex. nu. 4. ff. solut. matr. Dd. in l. qui Romae, in pr. ff. de verb. oblig. Ioan. de Imol. in d. l. si insul. nu. 39. vbi post alios Ripa nu. 65. & 66. & Bologn. nu. 170.* communiter *Dd. consentire dicens, & n. 172. Ripa in l. quod te, n. 20. & 21. vbi Bolognet. num. 34. ff. si cert. pet. Aret. cons. 144. Pet. Ger. singul. 92. Carol. Molin. de vsur. q. 39. n. 297. & 303. Anton. Negusant. de pignor. quinta parte principali, memb. 3. p. 2. nu. 1. Nat. cons. 153. nu. 4. & 7. tom. 1. cons. 631. n. 2. tom. 3. Franc. Vinius lib. 4. decis. 525. nu. 3. plures allegans, Rainald. Corsus lib. 2. indagation. jur. c. 27. n. 17. Corn. cons. 259. vol. 1. Hieron. Gabrie. cons. 30. n. 64.* & in terminis est textus notabilis *in d. l. qui decem, §. idem respondi*, dum propter absentiam serui offerendi, qui furto subtractus fuerat, Marcellus oblationi locum esse negat: & satis alioqui constat, verbum offerre tot legibus de purgatione morae tractantibus vsurpatum, esse cum effectu accipiendum, *l. 1. §. hac autem, ff. quod quisq. jur. l. si per alium, §. decere, ff. ne quis eum qui in jus voc.* nec verba sufficere, vbi facto opus est, *l. 1. §. tulisse, ff. ad Silan. Alex. in d. l. si mora, n. 4.* Sunt tamen casus, quibus moratorem verbotenus offerre sufficit: hos quia non est instituti nostri sigillatim persequi, videantur *Dd. in d. l. si mora, vbi prae caeteris Ioan. de Imol. n. 2. Aretin. n. 3. 4. 5. & Alex. nu. 4. vsq. ad 8. Bald. in l. vnic. n. 4. C. ne lic. in vna ead. Raph. Cum. in d. §. si quis paratus, Bolognet. in d. l. si insulam, n. 170. 171. & 172. Loriot. in libell. de mora, §. nunc paucis, Forcat. de mora, p. 1. nu. 18. & 25. Negusant. d. p. 2. n. 1. vsq. ad 9. Gab. Rom. lib. 3. comm. concl. t. de solut. concl. 8. Hieron. Gabr. cons. 36. nu. 63. & 64. Decian. cons. 54. nu. 51. 52. 53. vol. 2.* Caete- 37
rum † in obligatione faciendi, si factum sit momentaneum, aeque requiritur oblatio realis, vt scilicet morator & actu secum habeat, quae sunt expediendo facto necessaria, & factum ipsum, quantum quidem in ipso est, siue quatenus eius, cui moram fecerat, recusatione non impeditur, praestet, *l. sancimus, C. de fidejussor. Alex. in d. l. si insul. nu. 6. vbi Ias. n. 6. Bolognet. n. 69. 71. & 172. Cravet. cons. 705. n. 18. vol. 4. senserunt q; Bart. & Dd. in d. §. si quis paratus*, dum ab eo, qui tenetur satisdare, requirunt, ne verbotenus duntaxat offerat, sed fidejussores vna secum adducat, quibus in continenti satisdet: nec immerito quidem, cum possit eodem pene temporis momento, quo se quis ad faciendum esse paratum dictitat, factum ipsum expediri, ac proinde non sit audiendus, qui dicta facto minime comprobat, nec quod facere debebat, facit, *l. 1. §. tulisse, ff. ad Sillan.* Si † vero sit 38
successiuum, non est dubium, quin liberetur morator à praestatione eius quod

quod intereſt, ſi factum expedierit, ſi-
ue conſummauerit ante litem motam
ſiue conteſtatam, *d. l. ſi inſulam.* Sed
cum frequentius accidat, vt tempo-
re litis conteſtandæ factum dunta-
xat inceptum ſit, non ad finem per-
ductum, quæſtionis eſt, anne tunc
quoque præſtationem eius quod in-
tereſt euitet? Et pro parte negatiua,
quam tenet *Stephan. Forcat. de mora,*
pag. 3. num. 9. Crotus *in d. l. inſul. n. 97.*
ponderat *d. Leontinus, §. item qui inſul.*
vbi transacto tempore, quo inſulam
conſummare oportuit, ſi poſtea ædi-
ficetur, liberari reus perhibetur, ſicut
liberatur, qui ſe daturum ſpopondit,
ſi quandoq; tradidit: hic autem non a-
liter moram purgat, niſi data credito-
ri re debita factum præſtationis expe-
dierit, *d. §. item qui inſul.* aut per credi-
torem ſteterit, quo minus oblatam ac-
ciperet, *l. illud. ff. de peric. & com. rei ven.*
Ergo nec ille cenſeri poteſt morã pur-
gaſſe, quando factũ duntaxat incho-
auit ante litem conteſtatam, nõ abſol-
uit, proinde nec eius quod intereſt,
præſtationem euitabit. Deinde con-
ſtat ex eodem §. ſi ſtipulatoris interiit,
moram inchoando operi non eſſe fa-
ctam, ab eius præſtatione promiſſorẽ
per ſubſequentem operis inchoatio-
nem atq; perfectionem neutiquã libe-
rari: multo minus igitur poſtquã tem-
pus quo factum conſũmare oportuit,
elapſũ eſt, inchoando illud ante litem
conteſtatam liberare ſe poſſe videtur
á reſartione eius, quod in totũ ſtipula-
toris intereſt. Quid quod opus haud
vllum feciſſe intelligitur, qui propriã
ei formã, quæ ex conſummatione cõ-
tingit, nõ dederit, *l. ſi is qui quadringen-*
ta, §. quædam legata, ff. ad leg. Falcid. cum
ſimil. Quisquis autem non fecit ante
litem conteſtatam, ei nihil prodeſt, ſi
poſtea faciat, *d. l. ſi inſulam.* Huc
apprime facit, quod verbum facien-
di potiore ſignificatione non tam fa-
ctum inchoatum, quam conſummatũ
denotat, & verba in potiore ſive po-
tentiore ſignificatione accipienda
eſſe non ambigitur, *c. penul. de ſent. ex-*
com. cum ſimil. Adde quod ſuperius
oſtenſum, non liberari promiſſorem
facto nondũ conſummato: Ait autem
Paulus *in d. l. ſi inſul.* facientem libera-
ri ante litem conteſtatam: Oportuit i-
gitur eum ſenſiſſe de facto potius con-
ſummato, quã duntaxat inchoato an-
te litis conteſtationem. Deniq; tex. *d.*
l. ait, lite jam conteſtata moratori ni-
hil prodeſſe, ſi faciat. Tam vero, qui
cœpit ante litem conteſtatam facere,
dum lite conteſtata in opere pertexẽ-
do & ad finem perducendo pergit, fa-
cit, quam qui nihil antea fecit, ſed
poſt litis conteſtationem demum in-
cipit. Quare non magis illi, quam
huic prodeſſe poterit, quod lite jam
conteſtata facit. Sed † hæc licet an- 40
cipitem alicui dubitandi curam inij-
cere poſſint, verius tamen eſt, eum
qui factum inchoauit, euitare præſta-
ſtationem eius quod intereſt, quan-
tumvis tempore litis conteſtandæ
nondum fuerit conſummatum, vt
recte cenſuit *Raph. Cum. in d. l. ſi inſul.*
ubi Caſtr. n. 3. Alex. n. 6. Jaſ. n. 6. Ripa n. 6.
Ruin. Niger & Bolognet. num. 69. com-
munem dicens: *Loriot. in apic. titul.*
de mora, ax. 20. & in libell. de mora, §.
nunc de purgatione. Ioan. Saporta de mo-
ra, c. 4. num. 116. Pro qua ſententia
ponderari poteſt *d. l. ſi inſ.* dum Pau-
lus ait poſſe facientẽ liberari: namq;
participiũ præſentis temporis deno-
tat actum non tam præteritum,
quam præſentem, prout eſt in fieri:
Similiter etiam verbo præſentis tem-
poris *ædifices*, Venuleius vtitur *in d.*
§. item qui inſul. quod actum, prout ad-
huc eſt in fieri, peræque denotat: Sic
igitur vterq; ICtus non obſcure indi-
cat, moratorem non tum demum,
quando fecit quicquid debuit, ſeu fa-
ctũ obſoluit, ſed illo ipſo tempore dum
facit, moram purgare & liberari, ſi nõ
ipſo jure, ſaltem per exceptionem, qua
ſeſe tueri poteſt, quiſquis jure permit-
tente moram ita purgauit, vt obli-
gationi nondum integre ſatisfecerit,
l. etſi poſt tres, ff. ſi quis caution. Cumq;
generaliter tam *in d. l. ſi inſul.* quam
in d. §. item qui inſul. ſtatuatur, faci-
entem liberari, nec diſtinguatur,
con-

consummauerit promissor ante litem contestatam, quicquid facere debuit, an inchoarit modo, nondum perfecerit, nostrum non erit, hosce textus ad eum, qui consummarit, restringere, sed generaliter & indistinctè accipere, vt non minus inchoantem, quã perficientem complectantur, *l. 1. §. generaliter, ff. de lega. praestan. l. metum, §. animaduertendum, ff. quod met. causs. cum simil.* vel eo magis, cum inprimis flagitet æquitas principem in emendatione moræ locum obtinens, ne cogatur litẽ contestari super eo quod interest, actori sententia judicis adjudicando, qui durante adhuc tempore ad purgandum permisso, incipit faciendo emendare moram, factumque intra illud absoluere posset, nisi actor interim apud judicem nimis instando vrgendoq; efficeret, vt tempus contestandę litis anticiparetur. Quin vel hac de caussa par est, vt releuetur à resartione eius quod interest, quia siue litem ab actore motam respiciamus, de obligatione siue actione agitur, circa quam proniores ad negandum esse debemus, cum ad idipsum propter dubitationem casu nostro subsistentem habeamus occationem commodissimam, *l. Arianus, ff. de actio. & obl.* siue rei conuenti factum duntaxat inchoatum, de liberando quæritur, eoq; faciliores ad liberandum debitorem quam ad grauandum nos esse conuenit, *d. l. Arianus.* Quod si cum creditori non amplius omnia sunt integra, isque admissa purgatione in damno remansurus est, facultas emendandi moram debitori non est permissa, *l. si in lege, §. colonus, ff. loca.* quantumuis alioqui sit fauorabilis, & ex bono & æquo competat, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl.* quanto minus vbi ex parte debitoris moram purgantis non amplius omnia sunt integra propter factum irreuocabile jam inchoatum, isque nisi quod emendandæ moræ gratia, quo tempore adhuc eam purgare licebat, fecit, effectum sortiatur, eiue proiit, in damno remansurus est, creditori permissa esse debebit facultas agendi ob moram debitoris ad interesse, cum & odiosa sit, nec tam ex æquo & bono, quam de rigore juris competat, *d. §. sequitur,* eoque restringenda nec vllatenus extendenda sit, *c. odia, de reg. jur. in 6.* Nec his refragatur illa, quam statuit Venuleius *in d. §. item qui insul.* æquiparatio obligationis faciendi cum obligatione dandi quoad moræ purgationem: Nam si diligenter inspiciatur ille textus, non inducit ęquiparationẽ, nisi duntaxat quoad facultatem siue licentiam liberandi sese purgatione moræ, vt transacto tempore, quo factum consummari oportuerit, ac proinde promissore in mora constituto perinde liceat emendare moram etiamnum faciendo, sicut in obligatione dandi moratori permissum est quandoque tradendo purgare moram, seq; liberare. Aliis in circumstantiis vt non fit ibidem æquiparatio, sic diuersitas non mediocris remanet. Etenim in obligatione dandi quod petitur, idipsum offertur, datio, qua mora purgatur, est momentanea, tantum accessiones, quas ex vlteriore mora præstari oporteret, euitantur oblatione rei debitæ, quæ post litem quoq; contestatam fieri potis est: Omnia longe secus in obligatione faciendi, vbi petitur aliud, aliud offertur, vbi factum, quo mora purgatur, quandoque momentaneum quidem, frequentius tamen est successiuum, idue quod stipulatoris in totum interest, euitatur, nec emendatio moræ post litis contestationem admittitur. Hinc vsuuenit, vt in obligatione dandi, cum purgatio moræ pene momento temporis expediatur, non nisi tunc temporis emendari mora dicatur, cum sese morator dando siue tradendo liberat, aut oblatione creditorem accipere detrectantem in mora constituit: at in obligatione facti successiui, cum emendatio moræ tanto demum tempore ad finem perducatur, quantum expediendo facto necessarium est, non momento demum extremæ consum-

summationis, sed toto illo tempore durante, quo factum inchoatur, continuatur, & absoluitur, mora purgari tam recte quam vere perhibeatur: Proinde sicut promissor non minus ante consummationem tempore inchoationis & continuationis, quam in ipsa consummatione moram reuera purgat, ita nec immerito etiam ante consummationem purgatione releuatur, si non ipso jure, saltem per exceptionem. Quod si verbum liberandi à Venuleio propriè duntaxat vsurpatum intelligatur, nempe, de liberatione, quæ ipso jure fiat, multo minus obstabit ipsius responsum, siquidem vltro fatemur, consummato demum facto promissorem ipso jure liberari, sicut rei debitor ea demum præstita liberatur ipso jure: Interim vero minime negat Venuleius, moratori factum quoque inchoatum, licet litis contestandæ tempore nondum consummatum, dummodo sit illud primo quoque tempore consummaturus, hactenus prodesse tam posse quam debere, vt exceptione sese aduersus intentionem actoris tueri queat, *l. qui aquitate, ff. de excep. dol. juncta d. l. si insul. & d. l. etsi post tres.* Quod vero ab eius, quod stipulatoris interest, moram inchoando operi non esse factam, præstatione promissor per subsequens factum licet consummatum non liberatur, ea de caussa fit, quia stipulatoris interest vltra factum, proinde peculiarem vltra factum quantumuis consummatum resarcionem desiderat: quæ ratio cessat in interesse tali, quod æstimationem facti continet: quo fit, vt facto tunc inchoato, quando moram adhuc purgare licet, nempe ante litem contestatam, promissor ad illius interesse resartionem vrgeri nequeat, si ad consummationem vsque facere pergat: ac si quid stipulatoris vltra facti æstimationem interfit, ob moram peculiariter id proculdubio resarciendum erit, etiamsi factum fuerit ante litem contestatam consummatum, vt proinde mirum eo minus videri debeat, tale interesse ab eo etjam, qui duntaxat incepit ante litem contestatam, vltra factum postea consummatum esse resarciendum. Non etiam officit, quod ante consummationem opus fecisse quis non intelligitur, quandoquidem *d. l. si insul.* non ad eum qui fecerit, hoc est, absoluerit opus ante litis contestationem, moræ purgationem restringit, sed facientem liberari ait. Tam vero facit, qui factum inchoat, pertexit aut continuat, quam qui absoluit. Verba vero tum demum in potiore significatione intelligenda veniunt, quando vtramque significationem alicubi pariter admittere nequeunt, alioqui nihil obstat, quo minus ea tam secundum significationem minus potentē, æque tamen propriam, quam secundum potiorem accipi debeant atque possint: id quod hic vsuuenit, vbi necesse non est, verbum *faciendi* restringere ad factum consummatum, cum tam proprie vereque dicatur facere, qui incipit, quique pergit facere, quam qui absoluit, & dispositio *d. l. si insulam*, non minus illis quam huic adaptari siue accommodari possit ac debeat. Verbum porro liberandi licet propria significatione liberationem ipso jure factam denotet, quæ duntaxat obsoluenti factum competit, non tamen inde firmiter euinci potest, Paulum de facto consummato saltem agere, cum non tam asserat, facientem liberari ante litem contestatam, quam eum qui ante litem contestatam faciat, liberari posse, quod non ei modo conuenit, qui absoluit ante litem contestatam, sed & inchoanti lite nondum contestata, qui faciendo ante litis cōtestationem similiter efficit, vt liberari possit, licet actu non nisi quando factum absoluitur, liberetur. Ac si maxime *d. l. si insulam*, saltem de liberatione, quæ actu fiat ante litem contestatam, intelligenda foret, tamen cum in ea liberandi verbum, non ad absoluentem solummodo referatur, sed ge-

ſed generaliter ad facientem, nec diſtinguatur, obſoluerit ante litem cõteſtatam, an non, pro diuerſitate eorum ad quos refertur, accipi diuerſimode poterit ac debebit, ita quidẽ, vt reſpectu abſoluentis ante litem cõteſtatam, quoniam hic ipſo jure liberatur, proprie accipiatur, at reſpectu eius, qui nondum abſoluit, improprie intelligatur de liberatione per exceptionem, *ſecundum l. etſi poſt tres, ff. ſi quis caut. l. qui æquitate, ff. de excep. dol.* Quoties enim vnum idemque verbum vniuoce ſiue proprie reſpectu diverſarum perſonarum ſiue rerum, ad quas refertur, intelligi nequit, poteſt ac debet accipi diuerſimode, reſpectu quidem vnius proprie, reſpectu alterius improprie, *vti patet ex l. 2. in pr. ubi gl. ff. de offic. proconſ. & not. in l. cum mulier, ff. ſolut. matri. Alex. in l. in teſtamento, nu. 3. C. de teſta. mil. Iaſ. in l. poſthumo, n. 33. C. de bonor. poſſ. contra tab.* Tandem nec vltima *d. l.* verba quicquam refragantur, ſiquidem loquitur Paulus de eo, qui lite jam conteſtata, & ſic lapſo purgationis tempore incipit facere, id quod antecedentia ſatis monſtrant, dum ante litem conteſtatam facientem liberari poſſe perhibetur: facit enim qui incipit pergitq; facere ante litis conteſtationem, ac proinde liberari poteſt, quantumuis tempore litis conteſtandæ nondum conſummauerit, *per prædicta.* Hinc vero exoritur illa quæſtio, quid juris in eo ſit, qui nondum inchoauit, verbotenus tamen obtulit ante litem conteſtatam aſſerendo ſeſe paratum facere citra moram? Et hunc oblatione verbali minime releuari, cenſuit *Alex. in d. l. ſi inſulam, nu. 6. & relati per Bolog. ibid. n. 70. verſ. contrariam opin. Sequitur Ioa. Saporta de mora, c. 4. n. 117.* per *d. l. ſi inſul.* quæ factum non ante litis conteſtationem inchoatum nihil prodeſſe aſſerit, perq; vulgatam regu-
41 lam, verba non ſufficere, vbi facto opus eſt. Sed † contrarium rectius aſſerunt, *Raph. Cuman. in d. l. ſi inſul. & ibid. Caſtr. n. 3. Ruin. Ripa nu. 7. Bolog. nu. 70. Cuiac. Loriot. in apic. 2. de mora, ax. 20. & in lib. de mora, §. nunc de purgatione.* Tum 1. quia ſufficit oblatio verbalis in his, quæ vnico momento expediri nequeunt, *vt aſſerit Alex. ipſ, multosq́ pro hac ſententia allegat in l. ſi mora, nu. 4. ff. ſolu. matr. Ruin. in d. l. ſi inſul. ubi Bolog. num. 70. Lorio. d. lib. de mora, §. nunc paucis, verſ. quarto Anton. Negusant. de pig. parte quinta, prim. membro 3. p. 2. nu. 6. verſ. quarto limit. Fac. l. ſi is à quo, in princ. ff. vt in poſſeſſ. legat. c. literas, §. propterea, de reſtit. ſpol. c. interpoſita, in pr. & §. vlt. de appell.* Tum 2. quia cui competit adhuc facultas liberandi ſeſe faciendo ab eo quod intereſt, is ſi malit factum quam intereſſe præſtare, cogi nequit ad litem ſuper actione ad intereſſe conteſtandam, *l. ſi reus, ff. de procur. l. ſi debitor, 30. l. ſi quis ſtipulatus, 57. ff. de ſolut.* Atqui lite nondum conteſtata moratori competit adhuc facultas liberandi ſeſe faciendo ab eo quod intereſt. Quare cum verbali oblatione oſtendat, ſe malle factum præſtare, & quidem citra moram, cogi nec poterit nec debebit ad litem ſuper actione ad intereſſe conteſtandam. Tum 3. quia lite nondum conteſtata par eſt vtriuſq; cauſſa, quippe tempore purgationis adhuc durante, & quæritur de damno, quo caſu æquitas ipſa ſuggerit, eſſe ſuccurrendum potius reo ſeſe ad faciendum offerenti, quam actori id quod intereſt perſequenti, *l. ſi ſeruum, §. ſequitur, ff. de verb. obl.* cum præſertim in mora modici temporis, quo inchoari potuiſſet, paruum ſit præiudicium, *l. ſi debitori, ff. de judic.* quod prætor vix attendit ſiue curat, *l. ſcio, ff. de in int. reſt.* Tum 4. quia morator verbotenus offerendo fatetur agnoſcitq; debitum, & paratum ſe dicit ſatisfacere: Quiſquis autem confitetur debitum, & paratus eſt ſatisfacere, judicium regulariter accipere non cogitur, ſed ex bono & æquo indulgetur ei à prætore tempus expediendæ ſatisfactioni neceſſarium, *d. l. ſi debitori, ff. de judic. l. ſi domus, §. in pecunia, ff. de lega. 1. l. debitorib. ff. de re judic.* Quare nec vrgendus erit ad accipi-

cipiendum judicium, qui verbotenus offert factum in obligationem deductum, sed à judice tempus ei præstituendum, intra quod faciat, *arg. jur. pracit.* quæ licet in eo casu loqui videantur, vbi quod petebatur, confitens paratus est solvere, tamen cum in obligatione faciendi ex dispositione juris & conuentione partium pro eo quod interest petito ante acceptum judicium præstare liceat factum in obligationem deductum, vix vlla idonea ratio reddi posse videtur, cur non idem in parato ad faciendum procedere debeat, *l. à Titio, ff. de verb. oblig.* Nec obstat *d. l. si insul.* quia factum requirit ante litis contestationem ad liberationem: verbali autem oblatione nemo liberatur, sed factum reipsa præstetur oportet: imo si exactius, quod res est, expendatur, ne quidem mora per illam purgatur, quippe quæ dando saltem aut faciendo emendatur, *l. continuus, §. item qui insul. ff. de verb. oblig.* nisi per creditorem steterit, quo minus daretur aut fieret, *l. qui decem, ff. de solut. cum simil.* abunde tamen sufficit ad impediendam judicij susceptionem, litisq; contestationem, *l. si reus paratus, ff. de procur. l. si debitori, ff. de judic. l. si domus, §. in pecunia, ff. de lega. 1. l. si debitor, l. si quis stipulatus, 57. ff. de solut.* ac proinde efficit, vt etiamnum celeri satisfactione mora purgari possit, *jur. pracit. juncta l. si cum dies, §. vlt. ff. de recep. arb. l. sed et si alia, ff. de constit. pecu. d. l. si insul.* Minus vrget allegata per Alexan. regula, siquidem ad impediendum litis ingressum, vt modo fuit ostensum, non est factum præcise necessarium, sed ad moram super obligatione faciendi commissam emendandam, cui proinde purgandæ non sufficere verbalem oblationem libenter admittimus. Cœterum † si reus postquam verbali oblatione sua litis contestationem impediuit, ne quidem intra terminum à judice ex bono & æquo indultum faciat, nisi fuerit justa quapiam caussa præpeditus, magis est, vt oblatio verbalis ei nihil

42

amplius proficere, nec vlterius ad faciendum admitti, sed ad litem super eo quod interest contestandam compelli debeat, *vt recte post alios censuit Bolognet. in d. l. si insul. num. 70. & 71.* Etenim admodum iniquum foret, creditorem spe sua toties frustratum, vlterius expectare teneri nolentem volentem, neq; moratorem tergiuersantem ad judicium suscipiendum compellere posse. Nec vllus oblationis verbalis aut impedimenti finis inveniretur, si debitore subinde verbotenus offerente diutius expectandum, peneq; pro nutu ipsius judicium protrahendum sive inhibendum esset: progressum autem in infinitum auersatur jus nostrum, *l. si finita, §. illud quaeritur, vers. caeterum, ff. de dam. infec.* Cumq; tempus illud ex superabundanti meraq; gratia miserationis caussa fuerit indultum, tanto grauius peccat, qui tam supine fuit negligens, ac proinde merito nouum ei tempus denegatur: idq; vel eo magis, quia non modo moram, sed insuper etiam contumaciam commisisse videtur, qui decreto judicis intra certum tempus fieri præcipientis parere neglexit, *l. debitorib. ff. de re judic.* hæc autem relinqueretur impunita, si verbotenus offerenti deinceps etiam in præjudicium actoris conniueretur, nec in lite super eo quod interest mora procederetur. Accedit quod morator non in eo tantum, quod facere debuit, verum etiam in judicio accipiendo moram fecerit, siquidem pollicendo se confestim citra moram facturum, effecit, vt litis contestatio, quæ alioqui tunc fieri debuisset, interim suspenderetur; & prorsus vanam, frustratoriam & elusoriam fuisse oblationem sive pollicitationem exitus ipse probat. Quoties autem per illicita subterfugia sive tergiuersationes rei conventi fuit impedita litis contestatio, lis in eius præjudicium habetur pro contestata, *l. electio, §. si is quem, vers. diuersum, ff. de noxal. act. l. si eum, §. qui injuriar. vbi Dd. ff. si quis caution. Tiraquell. & per eum allegati, de retr. consang.*

§.15. gl. 2. n. 5. & 6. Quocirca vix amplius ei facultas purgandi moram sive liberandi sese faciendo ab eo quod interest superesse seu competere potest. Deniq; non obscure comprobatur ex *d. l. debitorib.* vbi postquam tempus debitori confitenti paratoque satisfacere miserationis caussa indultum, ipsius negligentia semel fuit elapsum, nouum ei minime conceditur, sed recta contra ipsum, prout ratio juris exigit, ad executionem proceditur. Proinde casu quoque nostro nouum tempus huiusmodi frustrator impetrare neutiquam debebit, sed recta contra ipsum, prout ratio juris exigere dignoscitur, procedendum erit: Exigit autem hic ratio juris, vt litem super actione ad id quod interest intentata contestari compellatur, tandemque ad interesse actori resarciendum condemnetur, *l. si Calenais, l. si quis ab alio, ff. de re judic. l. stipul. non diuid. vers. Celsus, ff. de verbor. obgat. cum simil.* Vnde simul apparet, hic ea cessare fundamenta, quæ paulo ante aduersus Alexan. opinionem adduximus. Verbalis enim oblatio sufficit in succesiuis, modo citra moram factum verbotenus oblatum expediatur: alioqui nisi facta verbis correspondeant, inanis & elusoria erit oblatio, omniq; juris effectu carebit. Facultas autem præstandi factum pro eo quod interest, eo ipso competere desinit, quia facto intra præfixum tempus minime subsecuto lis in effectu habetur pro contestata: ac si maxime competeret adhuc, tamen ad euitandum progressum in infinitum, non nisi semel ea posset à lite contestanda releuare, *l. si finita, §. illud quæritur, vers. cæterum, ff. de damn. infec.* Nec amplius est par vtriusq; caussa, cum quod in effectu perinde habetur, ac si lis contestata fuisset, ac proinde tempus emendandæ moræ finitum intelligitur: tum, quod vltra moram rei conuenti toties iteratam accessit etiam contumacia tacitusque contemtus judicis, qui pœnam, qualiscunq; sit, procul dubio meretur, *l. vn. vbi Dd. ff. si quis jus dic. non obt.* Textus autem *d. l. si debitori, ff. de judic. cum concor.* de tempore loquuntur semel indulgendo, vel si ex caussa non injusta intra illud satisfieri nequeat, prorogando, nouum autem frustratori tempus absq; justa caussa dari minime permittunt, contrarium potius aperte disponitur *in d. l. debitorib.*

41 Ampl. VIII. Etiamsi mora non semel tantũ, sed multoties, & quidem diuersimode, puta, per diei lapsum, ab initio, mox propter creditoris interpellationem, commissa fuerit, nihilominus eam purgare, damnumq; futuri temporis, id præsertim quod ex mutatione æstimationis emergere posset, effugere licebit, *Rapha. Cum. in d. l. si insulam, vbi Ioan. de Imol. n. 39. Castr. n. 4. Alex. n. 29. Bolognet. n. 190. 195. 262. & 265. Coras. lib. 2. miscell. c. 6. n. 10. & seqq.* Probatur hæc sententia cum primis per tex. *d. l. si insulam, & l. 1. vers. habebit, ff. de penu lega.* vbi verbis apertis emendatio moræ tam diu permittitur, quã diu lis nondum est contestata, prout etiam eandem vsque ad tempus litis contestationis permittit *l. si cum dies, §. vlt. ff. de rec. arb. l. cum fine, ff. quando dies lega. vel fideic.* Atqui nihil frequentius, quam vt bis aut multoties in mora quis constituatur ante litem contestatam, cum creditores abundantioris cautelæ gratia, quove de frustratione debitoris euidentius const[illegible]t, eum qui lapsu diei v[illegible]nterpellatione jam fuit in mora constitutus, vlterius interpellare soleant, vt omnia tentasse prius, quam litem haud modico tempore duraturam instituerent, videantur, *l. si mandato, §. ille illi, ff. manda. l. qui Romæ, §. cohæredes, ff. de verb. oblig.* Non igitur geminata sive multiplicata mora purgationem excludere potis est. Deinde cœteræ leges moræ purgationem asserentes in genere de mora loquuntur, nec distinguunt, semel quis eam, an multoties incurrat, multo minus ad moram semel duntaxat inductam purgationem restringunt, *l. sed etsi alia, ff. de const. pecu. l. illud, ff. de*

ff. de peric. & comm. rei vend. l. si & per emtorem, ff. de action. emt. l. interdum, §. vltim. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verbor. obligatio. l. qui decem, ff. de solut. Generaliter igitur, ac sine distinctione atque restrictione intelligantur oportet, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. praest. cum simil.* vel eo magis, cum in mora quoque multiplicata subitæ æquitas, quæ purgationem suadet admittendam, quia mora quantumvis multiplicata fieri desinit, simul atq; debitor offert sive paratus est satisfacere, cum per ipsum non amplius stet, quo minus detur aut fiat, eoque non amplius in mora esse possit, saltem ratione futuri temporis, *l. quod te, ff. si cert. pet. l. 1. §. non exigit, ff. vt in possess. legat.* Iniquissimum autem fuerit, eum qui damnis totius illius temporis, quo mora durauit, satis coercetur, insuper etiam vlterioris temporis, quo non amplius per ipsum stat, periculo subjacere, pœnamque delictum excedere, *l. rescriptum, ff. de his quæ vt indig.* Præterea si geminata sive multiplicata mora purgari non posset, sequeretur, creditorem nullo ferme negotio pro libitu purgandi facultatem præcidere debitori posse interpellando eum, postquam semel fuit in mora constitutus. Consequens absurdum esse quilibet agnoscit, cum per illud omnia pene subvertantur, quæ de facultate purgandi moram debitori permittenda passim jure nostro tradita reperiuntur. Igitur & antecedens absurdum sit necesse est. Denique mora debitoris ex vltima voluntate vel contractu quantumvis multiplicata, non tamen adeo grauis est, vt mora furis, raptoris, aut alterius cuiusdam ex delicto debitoris, quippe qui ex ipso tempore commissi delicti plus quam frustrator debitor constitutus est, Triphonino teste in *l. merito, ff. de vi & vi arm.* Atqui fur sive raptor offerendo moram purgare potest, eaque ratione futuri temporis periculum vitare, *l. in re furtiua, l. parui, ff. de condic. furt. l. qui decem, §. idem responsum, ff. de solut. cum simil.* Multo magis igitur idipsum debitori ex contractu seu vltima voluntate, quantumvis in mora non semel constituto licere debebit. Contrariũ † ve- 44
ro, quod mora geminata sive multiplicata purgationem excludat, Bartolus tenuit *in d. l. si insul. nu. 16. vbi Angel. Lud. Roman. Ias. num. 26. Ripa num. 70. & 77. Angel. in l. etsi post tres, vbi Bal. l. num. 43. & aly, ff. si quis cantion. Loriot. in apic. 1. de mora, axio. 9. Saporta de mora, c. 4. num. 140. & 147. Lud. Roman. consil. 352. num. 8. vbi Mandos. in add. plures alleg.* communemq; *sententiam dicit Coras. lib. 2. miscell. c. 6. num. 10.* Mouentur textu *l. trajectitiæ, §. de illo, ff. de oblig. & act.* cui facile responderi potest, illic moræ purgationem propterea non admitti, quia dies & pœna stipulationi fuit adjecta, vt ex facti specie ab initio proposita liquido patet. Vbi vero dies est & pœna, regulariter emendationi moræ locus non est, vt supra dictum, & notant *Dd. in d. l. si insul. per d. §. de illo, & l. Celsus, in princ. ff. de rec. arb.* Vrgent item textum *d. l. si insul.* vbi duorum quidem temporum ICtus meminit, eius nempe, quo factum consummare oportuit, & litis contestatæ, quorum vtroque mora committitur, sic tamen exclusionem purgationis ad litis contestationem refert, vt ad eam vsque semper emendationi moræ locum esse contendat, ac proinde, cum sit nihil vsitatius, quam vt ante litem institutam debitor interpelletur extra judicium, vsq; adeo, vt in dubio præsumatur, quod extrajudicialis interpellatio litis contestationem præcesserit, *secundum Lud. Roman. singul. 398. quis debeat, & Rip. in d. l. si insul. num. 76. per l. 3. in princ. ff. de vsur.* etiam post interpellationem, & sic post duplicatam moram adhuc purgationem permissam esse velit. Et vt detur, ICtum eo saltem de casu loqui, cum ante litem contestatam non nisi semel mora fuit commissa, nempe lapsu temporis, intra quod commode fieri potuit, non tamen

illic est geminata mora, sed sunt duæ
inuicem plane separatæ super rebus
omnino diversis commissæ, prima
super facto, altera super eo quod in-
terest, vt proinde alterius purgatio-
nem altera impedire nec posit
nec debeat, *argumen. l. vlti. ff. de ca-
lum. & simil.* Ac licet hanc responsio-
nem eludere conetur *Jas. in d. l. si insul.
num. 26.* prætendendo interesse idem
censeri cum facto principali, *l. si quis
pro eo, in pr. & ibi gl. ff. de fidejuss.* recte
tamen intempestiuam Iasonis euasio-
nem duplici ratione damnat *Ripa ibid.
nu. 76.* qui nihilo felicius nondum sol-
uit, dum in faciendo præcessisse mo-
ram duplicem fingit, vnam per la-
psum temporis, quo fieri debebat,
alteram per litis contestationem su-
per interesse, quasi reus contestan-
do litem simpliciter censeatur dene-
gare factum, eaque ratione moram
super facto secundam committere.
Quomodo namque factum denega-
ret, à quo nihil minus, quam factum
desiderat actor. Certe tantum ab-
est, promissorem litis contestatione
factum denegare, vt vel maxime
cuperet, saluam sibi non minus post,
quam ante litem contestatam rema-
nere facultatem liberandi sese faci-
endo, modo juris id ratio pateretur:
Lex ipsa est, quæ facultatem hanc ei
tempore litis contestatæ adimit, *d. l.
si insul. l. si cum ates, §. vltim. ff. de recept.
arb. l. 1. ff. de penu lega.* Nec vero po-
test in judicio mora contrahi super
eo, quod judicio petitum non fuit,
siquidem vbi nulla petitio, ibi nec
mora committi potest, *l. si pupillus, ff.
de verb. obligat.* Factum vero judicio
petitum non fuit, sed interesse dun-
taxat: Quocirca mora super illo indu-
ci litis contestatione minime potuit.
Demus tamen, super eodem sive fa-
cto sive interesse moram bis fuisse
commissam, non tamen ex *d. l. si insul.*
firmiter inferri potest, ideo moram
ibi purgari minime licere, quia per li-
tis contestationem duplicata fuit.
Sunt enim aliæ multo probabiliores
& evidentiores illius decisionis ratio-
nes, quas refert atque commendat
Alexan. ibid. num. 29. & Ias. nu. 26. Tan-
dem contendunt, moram geminatam
sive multiplicatam simplici grauio-
rem esse, proinde magis nociuam, nec
venia dignam, *l. 3. sub fin. C. de episc. au-
di.* Sed moram quantumvis multipli-
catam non esse tam grauem, quin
purgationem admittat, satis inde li-
quet, opinor, quod in mora longe
grauiore constitutis oblatione mo-
ram purgare permissum est, *l. in re fur-
tiua, l. parui, ff. de condic. furt. cum simil.*
Quinimo nec delictum bis vel sæpius
commissum grauiore pœna coërce-
tur, nisi quo casu nominatim à lege
pœna grauior imponitur, *Salic. in l. ser-
uos, n. 5. C. ad leg. iul. de vi publ.* Multo
minus igitur mora licet bis aut sæpi-
us commissa grauiori, quam sit jure
cautum, coercitioni subjacebit. Cum-
que mora semel commissa cum gemi-
nata sive multiplicata pari ferme pas-
su procedat, vnaque tam diu duret
atq; continuetur, quam diu altera,
donec scilicet creditori satisfiat, pro-
inde in effectu delinquendi per amis-
sionem nihil inuicem differant, certe
vtrobiq; purgatio debet esse permis-
sa, nec hanc præ illa moratori magis
esse nociuam conuenit. Vt omittam,
in d. l. 3. sub fin. agi saltem de venia
denuo delinquenti non indulgenda,
deq; impunitate repetito delicto mi-
nime concedenda, a quibus emenda-
tio moræ plurimum discrepat, quip-
pe quæ debitorem non nisi pro futu-
ro, quo in mora non amplius est, re-
leuat, nullam ratione præteriti tem-
poris veniam sive impunitatem in-
dulget, siquidem purgaturus id, in
quo moram fecit, vltro offerre, in-
super etiam vsuras, aliasve accessio-
nes præstare, quæq; tempore duran-
tis moræ damna contigerunt, resar-
cire tenetur, *l. quod te, ff. si cert. pet. l. in
hac, ff. de condic. trit. l. si filiofam. §. si post,
ff. solut. matri. cum simil.* Ripa † tamen 45
in d. l. si insul. num. 76. discrepantes in-
terpretum sententias fœdere distin-
ctionis conciliare nititur, vt prior
in mora citra litis contestationem

extra

extra judicium sæpius commissa procedat, posterior in ea, quæ per litis contestationem fuit iterum commissa, locum habeat, quia scilicet judicialis mora propter calorem judicij grauior est & efficacior, quam extrajudicialis, *l. pacta nouiss. vbi Dd. C. de pact.* Sed cum sit aliquoties dictum, moram quantumvis grauem & efficacem, nihilominus emendari posse, *l. in re furtina, l. parui, ff. de condict. fur.* & facta in judicio non tam in validitate vel effectu prærogatiuum habere videantur, quam propter autoritatem & præsentiam judicis majorem fidem mereantur, præ gestis extra judicium, *d. l. pacta nouiss. & l. siue apud acta, C. de transact. & vtrobiq; not. per Dd.* Insuper ob dubium litis eventum non adeo grauis esse mora videatur, *l. quod debetur, ff. de pecul.* & judex, cui post litem contestatam omnium rerum officium incumbit, æqui tunc & boni, quo moræ purgatio permittitur, officio suo rationem habere debeat, *l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edit. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verbor. oblig. §. in bonæ fidei, & §. præterea, vers. in his, inst. de action.* distinctio Ripæ subsistere vix potest, quæ si vera foret, rarò purgationi post litem contestatam locus esset, quandoquidem non facile evenire potest, vt mora non præcedente ad judicem perveniatur, *l. in fideicom. missis, ff. de vsur.* cum tamen in obligatione dandi post judicium acceptum purgari mora possit, *§. vlt. inst. de perpet. & temp. act. l. fidejussor euictionis, ff. de except. dol. & passim tradunt Dd. maxime in l. interdum, §. vlt. ff. de verb. oblig.*

46 Multo † minus procedere potest, quod *Coras. d. c. 6. nu. 11. & 12.* autumat, posteriori sententiæ locum esse posse, cum quis duplici interpellatione difformi, puta, diei lapsu, & superueniente creditoris petitione, fuit in mora constitutus: nec enim vlla probabilis ratio diuersitatis afferri potest, cur difformis potius, quam vniformis interpellatio bis interposita moræ purgationem impediat, & fundamenta pro confirmatione sententiæ verioris allata non minus in mora per binam difformem, quam per duplicem vniformem interpellationem contracta sibi locum vendicant, eoq; jus idem vtrobiq; requirunt.

Ampl. IX. in creditore, qui dum interpellando siue ostendendo, se paratum ad accipiendum moram suam purgat, efficit, ne res debita nondum soluta fiat ipsius periculo deterior, *Dd. in l. sed et si alia, ff. de const. pecu. Alex. post alios in d. l. si insul. n. 47. vbi Ias. nu. 39. Bolognet. nu. 258. ff. de verb. oblig. Salicet. in l. si pacto, nu. 40. C. de pact. & in l. magnam, num. 14. & 15. C. de contr. stip.* 47

Tex. est in *d. l. sed et si alia*, vbi factum creditoris accipere debitum recusantis ei nocere dicitur vsq; ad tempus judicij, quia nempe creditor petendo quod sibi debetur, moram purgat, adeoq; debitorem ipsum vicissim in mora constituit, vt mora non vlterius ei nocere, nec damnum, quod ex superueniente æstimationis mutatione resultat, ad eum pertinere possit. Ac licet *Salic. & Ias. lo. rel.* illius legis autoritate freti, restringat hanc ampliationem ad tempus judicij accepti siue litis contestatæ, vt tum demum releuari, qui fuit in mora creditor incipiat, tamen cum etiam ante judicium releuari constat protinus ab eo tempore, quo sese paratum esse ad accipiendum ostendit, *vt rectè censuit Alexand. in d. l. si insul. num. 48. satisq; patet ex traditis in exerc. 13. ampl. 6.* Similis tex. *in l. Celsus, §. idem ait, cum l. seq. ff. de recept. arb.* vbi creditori, qui fuerat in mora, parato accipere, debitorem non impune non daturum asseritur, ac proinde periculum ab eo tempore non amplius creditoris, sed debitoris esse non obscure denotatur. Agitur quidem illic de pœnali obligatione, sed cum creditori prosit emendatio moræ ad pœnam à debitore non soluente committendam atque consequendam, multo magis ad euitandum futuri temporis damnum eidem prodesse poterit ac debebit. Probat etiam *l. illud, versic.* sed

sed si per emtorem, ff. de peric. & comm. rei vend. qua perhibetur, æquum esse, moram posteriorem nocere venditori, qui emtori prius in mora existenti, sed accipere postea parato tradere neglexit. Quod si debitori, cuius mora longe grauior est, purgatio prodest ad vitandum futuri temporis, quod ab æstimationis mutatione suboriri posset incommodum, creditori multo magis emendatio moræ suæ ad idipsum prosit oportet, quippe qui minus antea non accipi-
48 endo peccauit. Nec † in hoc solum ei prodest, verum etiam quo ad actionem conseruandam, *ut est tex. in l. mancipior. ff. de optio. lega. l. 1. §. si frater. ff. de collat. bonor. l. prator. §. si aliquando, ff. de noui oper. nunc. Dd. in l. si ita quis, §. Seia, per tex. ibid. secundum* communem *intellectum, ff. de verb. obligat. Bart. in d. l. si insul. num. 24. vbi Angel. Raph. Cum. Ioan. de Imol. num. 8. Castr. num. 8. Alexan. num. 44. dicens* magis communem, *& nu. 47. Ias. nu. 39. Zas. nu. 4. Ripa nu. 102. Bolognet. num. 255. Castr. in l. si rem, §. vlt. ff. de pignor. act. Salic. in l. si pacto quo pœn. num. C. de pact.* Quin-
49 imo † prodest etiam ad actionem acquirendam, puta, si sub conditione, nisi res detur, quanti ea res erit, promittatur, *ut recte censuerunt, Angel. in d. l. si insul. & ibid. Castr. circa fin. Ripa num. 103. Bolognet. num. 256. & 257.* Probatur per *l. Celsus, §. vltim. cum l. seq. ff. de recept. arb.* vbi creditori moram emendanti actio ad pœnam acquiritur: hasce leges, etsi conetur cultare Bart. differentiam constituendo inter actionem principaliter acquirendam, & actionem accessorie quærendam, tamen rationem diuersitatis idoneam reddi posse tantum abest, vt inde potius a maiori ad minus arguere tuto liceat, quia cum emendatio moræ proficiat ad actionem pro pœna competentem, quæ suapte natura odiosa est, eoque rarius ac difficilius producitur, multo magis proficiat oportet ad acquirendam actionem rei persecutoriam, quæ tam odiosa non est, eoque restrictioni minus obnoxia, *c. odia, de regul. iur. in 6.* Quanquam nec diuinatione caret, quod Bart. autumat, actionem illic ad pœnam duntaxat accessorie quæri, cum stipulatio compromittentium tam à conditione, quam à dispositione obseruantiam arbitrij complectente incipere potuerit & consueuerit. Quod si propterea saltem accessorie quæritur actio ad pœnam, quia sub conditione semper hæc in obligationem deducitur, consequens erit, actionem quamlibet ex contractu sive dispositione conditionali dependentem esse accessoriam, quod absurdum fuerit, vel eo magis, cum non subsit obligatio vel actio principalis, cui posit accedere. Deinde suffragatur *l. si rem, §. vlt. ff. de pigno. act.* quæ licet moræ non expresse meminerit, quia tamen simpliciter est & indistincte cōcepta, tam eum qui moram commisit, quam qui nondum in mora fuit, creditorem agentem pignoratitiâ comprehendit, *ut tradit præ cæteris Ioan. de Imol. in d. l. si insul. num. 16.* Prodest autem illic oblatio, qua moram creditor purgat, ad actionem pignoratitiam acquirendam, siquidem constat, eam non ante oblationem competiisse, sed postea demum competere cœpisse, quoniam actio pignoratitia non nascitur, nisi omnis pecunia soluta vel oblata fuerit, *d. l. si rem, §. omnis.* Confirmari quoq; videtur per *l. Sticho, §. Titius, ff. de statulib.* vbi statuliberi menses intra quatuor á testatore rationes reddere iussi, nisi tempus conditioni sit additum, etiam elapsis quatuor mensibꝰ ratione reddita libertatem ex testamento consequi possunt. Nominatim quidem ab initio Scæuola præsupponit, per hæredem stare, quo minus rationes reddantur: Sed hoc casu quippe nihil aut parū dubitationis habente deciso, in *vers. verum,* haud obscure innuit, etiamsi per hæredē non steterit, tamen etiamnum post lapsum temporis præfiniti statuliberos reddendo rationes ex testamento libertatē consequi posse, prout etiam cunctationis & moræ

statu-

statuliberorum meminit: alioqui si tam eo casu, quo tempus non est conditioni additum, quam quo conditioni reperitur appositum, libertas non aliter competere posset, quam si tempus intra præstitutum rationes redditæ sint, aut per hæredem fiat, quo minus reddãtur, nihil referret, nec quicquã interesset, ipsi conditioni tempus additum sit, an nõ, ac proinde frustra ICtus assereret, judicaturum æstimare debere, conditioni tempus insit, an dispositioni, frustra quoq; decideret, melius esse, præsumtionem pro statuliberis esse: quod cum sit absurdũ, id quoq; sit absurdum oportet, vnde sequitur. Facit huc etiam *l. seruus qui, §. vlt. l. Stich. §. Dama, ff. de statulib.* vbi sub conditione præstandi septem annorũ operas libertas relicta fuit, quam consequitur statuliber, etiamsi per ipsum steterit, quo minus intra septennium operas debitas præstaret, dummodo postea quicquid é septem annorum operis adhuc præstandum restat soluerit: idq; vix alia de caussa, quam quia septennium non videtur ipsemet conditioni adimplendę fuisse præstitutũ, nedum cautum, vt septem annorum duntaxat proximorũ operas pręstare liceret. Cumq; reo proficiat emendatio moræ vel ad liberationem vel ad exceptionem, æquum est, vt actori quoq;, eum pręsertim eius mora sit leuior, purgatio prosit ad acquirendam actionem, *arg. l. vlt. §. vlt. ff. de lega. 3. l. cum pro pecunia, C. de solut.* Quare vix potest jure defendi contraria Bartoli sententia *in d. l. si insulam, n. 24.* quamvis eam sequantur *ibid. Ioa. de Im. n. 8. Cast. n. 8. Alex. n. 44. Ias. n. 39. Zas. nu. 5.* & communiter *Dd. teste post Alex. illic Bolog. num. 250.* moti *per l. Thais, §. intra, ff. de fideic. libert. l. si intra, ff. de statuliber. l. si super, ff. de statulib.* in quibus ideo purgatio moræ non admittitur, nedum prodesse potest, quia tempus implendæ conditioni præstitutum fuerat, quæ deficit, nisi in forma specifica impleatur, *l. qui heredi, l. Maeuius, ff.*
50 *de condi. & demo.* Neq; † tamen creditori purgatio moræ prodest, quo minus debitor ipsi deducere possit in rei præstatione, quanto minus ea tempore moræ valuisse dignoscitur, quod abunde liquet ex ampl. 1. exerc. 12. illo duntaxat excepto casu, si certa species debeatur, quæ plurimi sub id tempus, quo creditor moram purgat, valeat, siquidem de ea excedentis æstimationis augmentum deducere minime debitori licet, nisi forte damnum propter auctam à tempore moræ æstimationem sentit, cuius expers fuisset futurus, si citra moram creditor accepisset, *Bart. in l. 3. §. in hac, num. 15. ff. commod. Fulgos. in l. 3. §. si per vendit. ff. de act. emt. Ias. in l. vlt. nume. 8. & i Bologn. t. num. 39. ff. si cer. pet. satisque patet ex traditis in d. exerc. amplia. 2.* Alioqui si tempore, quo moram ostendendo se paratum ad accipiendum purgat, res minoris vel non pluris valeat, quam durante mora valuit, nihil est quod creditori debitor ęstimationis nomine propter moram deducere queat, sed integram sine diminutione rem soluere compellitur, *l. illud, versi. sed si ff. de peric. & com. rei vend. l. si & per emtorem, §. quod si, ff. de actio. emt. senseruntque Bartolus & reliqui locis modo rel.*

Ampl. 10. Quamvis non desint, qui moram purgari posse negent, quoties obligationi clausula *rato manente pacto* reperitur inserta; *Ita namq; tenuit Petrus, quem sequitur Bald. in l. etsi post tres, numer. 40. & in repet. numer. 32. & 33. ff. si quis cautio. & in l. Celsus, numer. 5. C. de rece. arbit. nec non in l. si pacto quo pœnam, nume. 8. C. de pact. Petrus de Bezutio in d. l. si insulam, vbi Iason nume. 28. & 29. Pipa num. 80. ff. de verbor. oblig. Fulgos. in d. l. etsi post tres, Matth. de Afflic. decis. 174. nu. 4.* verius † tamen esse videtur, ea clausula nihil 51
obstante adhuc emendationi moræ locum esse, eaq; moratorem releuari, ne ad interesse siue æstimationem futuri temporis teneatur, *Barto. in d. l. si insulam, n. 17. vbi Angel. Raph. Cum. Ioa. ab Imol. num. 40. Castrensis n. 5. Alexen. n. 31. Zas. n. 10. Bolognet. num. 211. dicens*

 com-

communem & veriorem, *Salic. in d. l. si pacto quo pœnam, n. 34. & in l. cum proponas, n. 2. C. de transact. Loriot. in apicib. 1. de mora, ax. 30. & in libel. de mora, §. sed usq. vers. sexto.* Fundamenta vtriusq; sententiæ recenset *Ias. in d. l. si insulam, & ibid. præ cæteris late Bolognet. nu. 200. vsq. ad n. 213.* qui non modo argumentis partis aduersæ respondet, sed & tribus Bartoli fundamentis alia tria cœteris e Dd: collecta adijcit, & his septimum, quo principaliter ipse mouetur, adiungit *n. 211. & 213.* quæ singula, cum apud ipsum & reliquos interpretes legi possint, recensere non est operæ pretium. Addi potius octauo potest, quod æquitas isthoc casu multo magis admitti moræ purgationem suadet, quia debitor grauissime oneratur, dum ob clausulam *rato manente pacto* solutione æstimationis, eius quod interest, aut pœnæ non liberatur, quo minus ad principale debitum etiamnum teneatur & conueniri possit, vt proinde longe videatur æquius, eundem purgatione moræ releuari, quam debitores alios nihil aut parum grauatos, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl. juncta l. is qui in potestate, §. vlt. ff. de lega. præst. l. secundum naturam, ff. de reg. jur. c. qui sentit, de regul. jur. in 6. cum sim.* Nono, quia jus nostrum non admittit, vt actus agentium egrediantur intentionem, *l. non omnis, ff. si cert. petat. & sim.* Clausula vero *rato manente pacto* contrahentium intentionem proculdubio egrederetur, si moræ purgatio per eam inhibita censeretur, cum a partibus ea conuentione nihil aliud agatur, quam vt exacta pœna siue interesse, petere principale debitum adhuc liceat, id quod nihil minus, quam purgationis exclusionem importat, siquidem licet vsque ad litem super æstimatione, interesse, vel pœna contestandam emendari mora possit, tamen a tempore litis contestatæ clausula præcitata debitum operabitur omnimodo effectum, *d. l. si insulam, l. 1. ff. de penu lega.* vt proinde alterum ex altero, quippe plane diuersum, eiq; nulla necessitate cohærens, inferri minime queat, *l. vlt. ff. de calumn.* Deniq; certi juris, emendari moram regulariter posse, quoties purgandi facultas nec lege nec debitoris renunciatione reperitur ademta: Atqui lex afferri vix vlla potest, quæ moram casu nostro purgari posse neget, multo minus clausula *rato manente pacto* tacitam, nedū expressam renunciationem inducit, cum sit aliud, exacta æstimatione, interesse vel pœna principale debitum adhuc peti posse, aliud, moram purgari non posse, nec illo posito vllatenus necesse sit, hoc sequi. Salua igitur casu nostro sit moratori purgandi facultas oportet, secundum regulam *l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obli. cum concord.* Sed † hic aduertendum, 52 plurimum in proposito referre, æstimatio vel interesse promissum sit, an pœna. Æstimatione namq; promissa, si quidem id actum est, vt re non præstita, illa soluatur integra rato manente pacto, constat ex prædictis, frustratorem oblatione rei debitæ ante litem contestatam relevari quidem, ne cogi possit ad æstimationis integræ solutionem, sic tamen, vt si tempore durantis moræ res pluris aliquando valuerit, quam hodie valeat, quod valori præsenti deesse dignoscitur, vna cum re teneatur offerre, *l. in hac, ff. de condic. trit. juncta l. fideiussor euictionis, ff. de excep. doli:* non verbotenus modo, nisi nondum sit liquidem, *d. l. fideiussor,* sed re ipsa, *l. qui decem, §. idem responsum, v. non enim, ff. de solut.* Quod si contrahentes id modo voluerunt, vt re non præstita saltem quod æstimationi præsenti deest, soluatur rato manento pacto, non est, quod de purgatione moræ tali casu tractetur, cum rei minus hodie valentis oblatione frustrator haud releuetur, sed residuum æstimationis augmentum præstare omnimodo teneatur, *d. l. in hac, ff. de condic. tritic. l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt. l. si filiof. §. si post, ff. solu. matr.* Similiter eo quod interest

promiſſo, ſi ſit actum, vt re non præſtita totale, vt vocant, intereſſe, quod æſtimationem rei ſeu facti debiti continet, ſtipulatori ſoluatur rato manente pacto, iterum prædictis conſequens eſt, oblatione rei ſeu facti ante litem conteſtatam releuari moratorem, ne teneatur ad intereſſe totale, dum tamen, cum quid vltra rem ſeu factum intereſt, ſi liquidum ſit, re ipſa, ſi nondum liquidum, verbotenus offerat, *l. vtiq; ff. de recep. arb. l. ſi ita quis, §. Seia, l. continuus, §. item qui inſul. ff. de verbo. obl.* Sin particulare modo, quod æſtimationem rei ſeu facti minime continere, contrahentes intellexerunt, cum emendari mora niſi eo præſtito minime poſsit, *d. l. fideiuſſor euictionis, ff. de except. dol.* oblatio rei factiq; neutiquam ab eo moratorem releuabit, niſi quo caſu de jure propter moram intereſſe præſtari neceſſe non eſt, *d. l. ſi ſterilis, §. cum per venditorem. ff. de act. emt. l. vlt. ff. de peric. & com. rei vend. l. videamus, §. ſi actionem, ff. de vſur.* Pœna vero promiſſa, ſimpliciter & indiſtincte purgationi moræ locus erit, *per prædicta*, dummodo pro damnis etiam, prout ratio juris communis exigit, creditori morator ſatisfacere paratus ſit, *d. l. fideiuſſ. euictionis, d. l. ſi ita quis, §. Seia, d. l. continuus, §. item qui inſ.* Addit quidẽ *Salice. in d. l. ſi pacto*, reſtrictionem, ne purgationi ſit locus, cum adijciuntur verba exactionẽ pœnæ debitiq; principalis importantia, puta, ſi dicatur, pœnã rato manente pacto toties peti poſſe, quoties contra factum fuerit: hoc n. exempli loco adducit: Sed cum clauſulæ *rato manente pacto*, quantumvis ſimpliciter appoſitę hic effectus eſſe videatur, vt vtrumq; pœna ſcilicet ac principale debitum peti queat, & Bart. cum reliquis Dd. quos Salic. ipſe ſequitur, in caſu noſtro peti theoricã, non admitti purgationem, quando vtrumq; pœna nempe debitumq; principale peti poteſt, ex profeſſo impugnent, non video, quomodo reſtrictio Saliceti vna cum communi ſententia, quam tenet, ſtare ſiue ſuſtineri poſsit.

53 Clauſulam † vero *toties quoties &c.* non magis quam clauſulam *rato manente pacto* impedire morę purgationem poſſe, fundamenta ſententiæ communis vtrobiq; militantia ſatis euincunt, vel eo magis, cum clauſula *toties quoties* euidẽtius oſtendat enixam voluntatẽ ſtipulatoris cupientis omnimodo principale debitum conſequi. & quo ſæpius pœna peti poteſt, eo ſit æquius, admitti moræ purgationem, *arg. l. is qui in poteſtate, §. vlt. ff. de lega. præſt. l. ſecundum naturam, ff. de reg. jur. juncta l. ſi ſeruum, §. ſequitur, ff. de verb. oblig.*

Limitanda † vero concluſio no- 54
ſtra principalis primò, Si res debita ſub id tempus, quo fruſtrator moram vult emendare, deterior ſeu vilior ſit, quam tempore moræ durantis fuerit, tam offerendo fruſtrator morã haud purgat, nec liberatur, *vt ſunt textus præ cæteris notabiles in l. in hac, v. & ideo, ff. de condic. trit. & in l. ſi ſeruus, §. ſi ſeruus, ff. de lega. 1. & vtrobique Dd. ac ſenſere Dd.* communiter *in d. l. ſi inſulam, ff. de verbor. oblig. & in l. qui ſibi aut Titio, §. 1. ff. de ſolut. Bartol. in l. ſed et ſi alia. ff. de conſtit. pecun. Caſtren. in l. ſi duo, §. ait prætor, numer. 9. & in l. item illa, numer. 13. ff. de conſtitu. pecun. Albert. Brunus de diminut. & deterior. concluſ. 16. numer. 94. Joan. Saporta de mora, c. 4. numer. 126. Stephan. Forcat. de mora pag. 3. numer. 7. & 14.* & huc apprime faciunt *l. 3. §. ſi reddita, ff. commod. l. 1. §. ſi res depoſita, ff. depoſ. l. qui ſibi, §. qui Stichum, ff. de ſolution. cum ſimil.* Textus inſuper *in l. illud, ff. de peric. & com. rei vend.* qui requirit, vt moræ purgatio fiat, cum omnia in integro ſunt, ac proinde re non amplius integra, puta, cum deterior ſeu vilior eſt facta, moræ purgationẽ excludit: prout etiam ſuadet manifeſta juris ratio, quia ſi morator offerendo rem hodie minus valentem purgaret moram, creditor in damno, & quidem tali, quod reſarcire morator officio judicis tenetur, remaneret, quippe qui rem, quando plurimi poſt moram ſemel inchoatam valuit, acceptam diſtrahere pretio longe maiore,

quám

quàm sit hodie pro ea consecuturus, potuisset, *l. cum res*, §. *vlt. ff. de lega. 1.* Nihil autem iniquius, nihil etiam absurdius, quam frustratori licere purgatione moram suam immerenti creditori nociuam reddere, *l. in condemnatione*, §. *vnicuique*, *ff. de regul. jur. c. mora*, *d. titul. in 6.* Nec est, quod quis moueatur *l. vlt. ff. de peric. & com. res ven. l. si sterilis*, §. *cum per venditorem ff. de act. emt. l. videamus*, §. *si actionem*, *ff. de vsur.* quibus haud obscure probatur, in damno remanere creditorem, siquidem priore perhibetur, moratorem non omneomnino præstare teneri, quod creditor mora non facta consequi potuit: alterá vtilitatis quæ propter moram abest, nisi circa ipsam rem consistat, recuperatio creditori denegatur: tertiá fructus etiam post moram á frustratore percepti creditori denegantur. Id namque damnum moræ purgationem potis est impedire, quod resarcire morator tenetur, *l. fideiussor euictionis*, *ff. de excep. dol.* vt est damnum ab æstimationis commutatione resultans, non item cœtera, quæ in obligatione dandi jus nostrum certis de caussis à moratore non esse resarcienda statuit. Qua enim fronte creditor ab eo qui moram purgat, illam sibi præstari desiderabit vtilitatem, quæ nec actionis jure, nec officio judicis ei debetur, quamque ne quidem exceptionis ope consequi potest. Cœterum rationi prius adductæ accedit altera non minus euidens. Quoties enim oblatum á moratore debitum justa de caussa recusat accipere creditor, mora purgari nequit, *l. sed etsi alia*, *ff. de constit. pecun. l. si soluturus*, *qui decem*, *in princ. ff. de solution. Steph. Forcat. de mora*, *pag. 1. nu. 16.* Arqui creditor justa de caussa recusat accipere debitam rem à moratore sibi oblatam, quando simul ei non offertur, quod vltra rem officio judicis ob moram præstandum venit, vt præ cœteris nominatim asseruit *Bart. in d. l. sed etsi alia*, *num. 2. & Cast. in l. si duo*, §. *ast prætor*, *num. 9. & in l. item illa*, *num. 13. ff. de constit. pecun. Negusan. de pignor. par. 5. princ. memb. 3. p. 2. num. 15.* Quamuis enim vbi res plures diuersis ex caussis debentur, non prohibeatur debitor, quod ex singulis debetur, separatim soluere, *l. vlt. ff. quib. mod. pign. vel hypot. solu.* & ipsa res ex obligatione principali, residuum æstimationis augmentum officio saltem judicis debeatur, neutiquam tamen creditor inuitus illam sine hoc recipere tenetur, cũ allegata theorica saltẽ de pluribus rebus æquè principaliter debitis ex diuersis caussis vera sit, prout etiam de talibus modo loquitur *d. l. vlt.* debitum autem principale sine accessorio, quippe quod ex principali caussa suam ducit originẽ, licet actionis ex ea productę jure peti nequeat, quodq; sublata principali actione non amplius exigi potest, *l. eos qui principalis*, *in princ. C. de vsur. l. si deposita*, *C. depos.* inuito creditore solui nequeat, *vt liquido patet ex l. tutor*, §. *Lucius*, *ff. de vsur. l. acceptam*, *C. de vsur. l. vltim. C. debit. vendit. pignor. imped. l. emtori post*, *ff. de euict. glos. in l. si vsuras*, *in fin. C. de vsur. gl. Bar. & Dd. in l. qui sibi aut Titio*, §. *qui Stichum*, *ff. de solut. Bart. in d. l. sed etsi alia*, *nume. 2. Salic. in d. l. acceptam*, *num. 4. & in l. 1. num. 3. C. de solution. Alberic. de Rosat. in l. quidam existimauerunt*, *vbi Alex. num. 8. Ias. nu. 6. ff. si cer. pet. Donell. in l. obligatione*, *num. 8. C. de solut. Carol. Molin. de vsur. q. 82. num. 619. Anton. Negusan. de pignor. par. 5. princ. memb. 3. p. 2. num. 18. versicul. en vltra.*

Quibus † porro consequens est, moratorem non minus post, quam ante huiusmodi oblationem periculo interitus & euenientis circa bonitatẽ rei vel intrinsecam vel extrinsecam detrimenti subiacere: id quod etiam aperte comprobatur, cum per *d. l. si soluturus*, *& arg. l. qui decem*, *ff. de solut.* tum etiam, quia mora nondum purgata adhuc durat, cuius hic effectus, vt periculo moratoris res intereat ac deterior fiat, *l. quod te*, *ff. si cer. pet. l. si seruus*, §. *si seruus*, *ff. de lege. 1. cum simil.* 55

Quæ

Quæ cum ita sese habeant, apparet, improuide *Donell. in l. si seruum, §. sequitur, n. 8. ff. de verb. obl.* asseruisse, moratorem, qui rem postea deteriorem factam offerat, sibi cauere in hoc, ne periculum præstet futuri temporis: Nec enim à periculo futuri temporis immunis esse potest, quem nondum purgasse moram Donellus ipsemet agnoscit, cum sit indubitati iuris, non nisi mora per emendationem sublata quem periculo futuri temporis liberari, *l. semel mora, ff. solu. matrim. l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. obl. l. qui decem, ff. de solut.* Tunc

56 † vero nemo negat, moratorem à periculo futuri temporis immunem esse, quando non solum rem, quæ durante mora deterior seu vilior est facta, verum etiam quod eius valori præsenti deesse dignoscitur, simul offert, vt non obscure probat *l. fideiussor euictionis, ff. de except. dol. & l. si filiofam. §. si post, ff. soluto matrim.* ac præ cæteris *tradit in terminis Negusan. de pignor. parte 5. princ. mem. 3. pagina 2. numer. 18. vers. quinto amplia.* & ambæ rationes in huiusmodi casu cessantes plus satis euincunt. Huc facit, quo in simili tradit *Anton. Negusant. & per eum allegati, in trac. de pigno. parte. 5. princ. memb. 3. p. 2. n. 9. vers. intellige.*

57 Sed † & tum à periculo futuri temporis immunis esse videtur, cum oblatam rem creditor accepit interposita protestatione reseruatoria iuris exigendi residuum æstimationis augmentum. Quamuis enim frustrator nondum integre pleneque satisfecerit, creditor tamen accipiendo rem, nec quicquam nisi æstimationis præteritæ jam ante debitum officio judicis augmentum reseruando, moratorem periculo futuri temporis liberasse, idque cum rei dominio in sese recepisse, adeoque moræ purgationem, saluo sibi duntaxat jure petendi, quod vltra rem ratione æstimationis jam ante debebatur, admisisse censetur, *l. Celsus, in princ. vers. si autem, ff. de recep. arbit. l. vltim. ff. de eo quod cer. loc. juncta l. pignus, C. de pigno. act.* vt proinde ad jus pristinum, ne periculo ipsius res intereat siue deterior fiat, nisi residuum æstimationis augmentum vna cum re oblatum fuerit, acceptione solius rei semel amissum, regressus ei non amplius patere queat, *l. si mulier, §. vlt. ff. quod met. caus. l. si fundus, §. eleganter, l. post diem, ff. de lege commiss.* Similiter † in 58 obligatione faciendi, si quid propter morã interfit stipulatoris, quod subsequente facti præstatione interesse minime desinit, constat, moratorem faciendo ante litem contestatam nec liberari, nec moram purgare, *per tex. ad hoc notabiles in l. vtiq. ff. de rec. arbi. l. si ito quis, §. Seia, ff. de verb. obl. vtrobiq. Dd. gl. in d. l. si insulam, vbi post Dyn. & antiquiores Bart. num. 1. Bald. nu. 2. Ange. Raph. Cum. Ioan. de Imo. n. 11. Castr. nu. 4. Alexand. nu. 9. & 25. Ias. nu. 10. Ripa n. 23. Zas. num. 13. Bolog. num. 53. 54. & 554 qui de communi testatur, & hanc sententiam late prosequitur, Cuiac. vers. quod ita, Donell. num. 4. ff. de verb. oblig. Loriot. in apic. tit. de mora, ax. 24. & in libel. de mora, §. sed vsq. vers. secundo.* Sed vt † in dandi, sic etiam faciendi 59 obligatione permissum est moratori, vna cum facti præstatione offerre, quicquid creditoris vltra factum interest, eaq; ratione moram purgare, *gl. not. in d. l. vtiq. vbi Bart. n. 3. & reliqui Dd. ff. de recep. arb. Dyn. in d. l. si ins. vbi Bart. nu. 1. Bald. n. 2. Joa. de Im. n. 5. & 11. Cast. n. 4. Alex. num. 9. dicens Dd. præcitatam gl. communiter sequi, Jas. nu. 10. Zas. num. 13. Ripa numer. 4. dicens omnes gl. sequi Bolog. nu. 86. Cuiac. vers. sic videtur, Donell. n. 4. Bal. in repet. l. etsi post tres, nu. 10. ff. si quis caut. Salic. in l. si pacto quo, n. 21. C. de pact. & in l. magnam, n. 4. C. de contrah. stip. Done. in l. si seruum, §. sequitur, n. 8. ff. de verb. obl. Aemil. Ferret. de mora, n. 54. Forcat. de mora, p. 3. nu. 10. Idemq. sentit. Negusant. & per eum allegati d. p. 2. quinto princ. num. 9. vers. intellige.* Quam sententiam vt communem, sic æquorem & veriorem esse arbitror: Nõ n. obscure confirmatur *per l. continuus, §. item qui ins. v. item si, ff. de ver. obl.* vbi propter morã in opere incho-

inchoando factum ſtipulatoris interfuit, & quidem ita, vt ſubſequente facti præſtatione intereſſe minime detineret: alioqui ſequeretur propter moram inchoando facto ſucceſsiuo factam agi poſſe ac licere ad æſtimationem eius, quod in illo interuallo effici potuit, exoluendam ſiue præſtandam, cum tamen factum propter indiuiduam ſui naturam partium præſtationem haud recipiat, *l. 2. in prin. ff. de verb. obli.* nec operis effect9 in partes ſcindi queat, *l. in executione, §. ſecunda, ff. de ver. obli.* eoq; ſicut ad facti partem agi nequit, ita nec ad æſtimationem partis agi poſsit, *arg. l. ſi adrem, ff. de petit. hared. juncta l. ſi ſeruũ, §. ſi modus, ff. de actio. emt.* nec alia de cauſſa æſtimetur ſiue reſpiciatur, quod in illo interuallo, quo promiſſor inchoare ceſſauit, effici potuit, quam vt inde conſtet atq; depræhendatur, an & quatenus propter inchoationem hactenus omiſſam ſtipulatoris interſit, prout luculentius oſtenſum *ſupra exerc. 12. ampl. 6.* Nihilominus moratori permittitur purgare moram faciendo etiam poſt tranſactum tempus, quo factum conſummare oportuit: id quod ei minime permitteretur, ſi poſtquam ſtipulatoris ita, vt diximus, intereſſe cœpit, vſq; adeo moræ purgatio impediretur, vt nihil omnino moratori proſit, vna cum facti præſtatione offerre, quod ſtipulatoris vlterius intereſt. Ac licet Venuleius *in d. §. item qui inſul.* præſtationis intereſſe vltra factum non expreſſe meminerit, illam tamen ſatis aperte denotauit, dum præſuppoſuit, actum fuiſſe ob moram in opere inchoando factam, & æſtimari voluit, quid interſit ſtipulatoris, id factum eſſe, quod illo temporis interuallo effici potuit: Quorſum enim quantitas eius quod intereſt tam ſollicite fuiſſet indagata, niſi reus eam præſtare debuiſſet. Vt omittam, vel hac de cauſſa, nihil opus fuiſſe expreſſa præſtationis intereſſe mentione, quia cum impediri moræ purgationem conſtet, ſi quid ſtipulatoris vltra factum interſit, indubitatum ſit oportet, quãdo nõ obſtante, quod ſtipulatoris interſit, mora faciendo purgari poſſe perhibetur, id non aliter licere, quam ſi ſtipulatori, quod ipſius vlterius intereſſe dignoſcitur, præſtetur ſiue præſtitum fuerit: Quicquid autem manifeſta juris ratio ſubintelligendum eſſe dictat, adeoq; per ſeſe dubitationis expers eſt, id in lege nominatim exprimere neceſſe non eſt, *fac. l. quod Labeo, ff. de Carbon. edit. cum ſimil.* Quod ſi quis exiſtimet, intereſſe illic ideo nõ impedire moræ purgationem, quia ſtipulator egerit ad illud, replicabitur viciſſim, etiam tum, quando agitur ad id, quod in ſolidum intereſt, exigi quicquid vltra facti æſtimationem particulariter intereſt, ſiquidem hoc ſub illo continetur: vt proinde propter eandem rationem vtrobiq; ſubſiſtentem, non magis vno quã altero caſu debeat impediri moræ purgatio, quæ cuiq; de jure communi permiſſa eſt ad litem vſq; conteſtatam, *d. l. ſi inſul.* Eſt & tex. not. *in l. fideiuſſor euictionis, ff. de dol. excep.* vbi emtoris interfuit pluris, quam valeret prædium, pro cuius euictione reus conuentus fideiuſſerat: permittitur tamen fideiuſſori, quantumuis euictionis nomine ad intereſſe condemnato ſeſe liberare præſtando prædium euictum, quæq; ſenſit inſuper emtor damna reſarciendo. Nec vero diutius, quam duret ſiue ſubſit, impedimentum obſtare poteſt, & cauſſa ceſſante pariter effectus ceſſet oportet, *c. cum ceſſante, de appell. cum concor.* Vnde cum propter oblationem eius, quod vltra factum intereſt, impedimentum remoueatur, & creditor damni, propter quod moram faciendo purgari minime permittebatur, ſatisfactionem inde ſit habiturus, omnimodo conſequitur, moræ purgationi locum eſſe, *arg. l. 2. §. circa, ff. de excep. dol.* vel eo magis, cum hoc ipſum inprimis exigat æquitas, quæ ſicut eam moræ purgationem auerſatur & excludit, poſtquam creditor ob debitoris fruſtrationem in damno remanſurus eſ-

rus eſ-

rus esset, ita eam, qua non solum fiat,
quod, vigore obligationis fieri citra
moram debuisset, verũ insuper etiam
offeratur, quod vltra factum interest,
propter creditoris indemnitatem o-
mnimodo suadet admittendã, *l. si ser-
uum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Cumq;
constet, in obligatione dandi moram,
quæ solius rei principalis minus va-
lẽtis oblatione purgari nequit, emen-
dari posse offerendo cum ea residuum
æstimationis augmentum, & cum ob-
ligatione dandi conueniat obligatio
faciendi quo ad facultatem purgandi
moram ante litem contestatam, *ar. l.
continuus, §. item qui insul. ff. de verb. obli.*
satis hinc etiam liquet, in obligatione
faciendi licere moram emendare, si
cum facto residuum interesse offera-
tur. Nec audiendus erit creditor, si
prætendat, in eo sibi damnosam esse
moræ purgationẽ, quod pœna stricto
jure commissa longe maior sit, vel si
pœnalis non sit obligatio, sibi magis
expediat, æstimationem facti quam
factum ipsum consequi: Hoc enim
quicquid est emolumenti, non abest
ei propter moram debitoris, quippe
quo peræque fuisset cariturus, si mo-
ra non esset facta, eoq; nec id ipsi re-
sarciri necesse est. Adde quod hic non
amplius de damno vitando sed lucro
captando certat, vt proinde caussa
eius, cum præsertim petitoris partes
obtineat, potior esse nequeat, *l. in eo
quod, l. non debet actori, §. in re obscura, l.
nemo, §. cum de lucro, ff. de reg. jur. cum sim.*
60 Et † hæc interpretum nostrorum re-
cepta sententia procedere dicitur, nõ
tantum in mora ante judicium vel in
præparatorijs judiciorum commissa,
sed & in ea, quæ circa decisoria judicij
committitur, quippe cum allata fun-
damenta in mora quandocunq; com-
missa idem juris esse oportere satis
euincant, *Ioan. ab Imol. in d. l. si insulam,
nu. 5. vbi Alex. n. 9. Bolognet. n. 88.* quo-
rum tamen assertio tum demum lo-
cum habere videtur, cum super eo,
quod reum dare facere teneri judex
postea pronunciat, mora non fuit
ante sententiam, prout etiam de hu-
iusmodi casu glos. quam allegant, lo-
quitur *in l. vtiq. ff. de recep. arb.* alioqui
si mora sententiam præcessisset, et-
iamsi litis contestatione posterior es-
set, non nisi vsq; ad sententiam licita
foret eius purgatio, *secundum glos. fin.
in l. siue apud acta, vbi Dd. C. de transact. &
tradunt Dd. in d. l. si insul. fac. l. peremto-
rias, & ibi not. C. sent. rescin. non poss.* Por-
ro † cum plerumq; vsuveniat, vt mi- 61
nime constet, an vel quantum intersit
creditoris vltra factum, purgaturo
moram non incumbit eo casu neces-
sitas vna cum facto reipsa offerendi
pecuniam ad resarciendum interesse
residuum, quia necessaria non est
realis oblatio debiti nondum liquidi,
*l. statuliber rationem, l. seruus si heredi,
§. vlt. ff. de statulib. Alexan. & per eum alle-
gati in l. si mora, n. 4. ff. solut. matr.* sed ver-
botenus offerre sufficit, ostendendo
se paratum soluere, si quid creditoris
vltra factũ interesse propter moram
probatum fuerit, *vt est tex. not. in l. fide-
jussor euictionis, ff. de excep. dol. tradit q; post
Bald. in l. etsi post tres, n. 29 ff. si quis cautio.
& alios Bologn. in d. l. si insul. n. 86. Anton.
Neguf. de pignor. par. 5. principali, memb. 3.
p. 2. n. 5.* Cumq; creditor interesse, de
quo nondum constat, probare tenea-
tur, *l. 2. l. quingenta, l. verius, ff. de probat.*
ac non modo difficilis plerumq; pro-
batio sit, quanti cuiusq; intersit, *l. vlt.
ff. de prætor. stipul. §. vlt. inst. de ver. obli.*
Sed & frustrator oblatione verbali
releuetur à futuri temporis incom-
modis, nec tamen ante probationem
in judicio rite factã soluere quicquam
teneatur, consulit † *Alex. in d. l. si insul.* 62
n. 9. vt creditor in ipso contractu no-
minatim paciscatur de certa quanti-
tate sibi soluenda loco interesse, si de-
bitor in mora fuerit: tunc enim fru-
strator, nisi promissam quantitatem
soluerit, moram purgare vix poterit,
*vt post Alexan. tenet etiam Bologne. in d. l.
si insul. n. 87. & ante vtrumq; Baldus idem
voluit in repet. l. etsi post tres, num. 34. &
35. vbi etiam Angel. & Alexan. num. 13. ff.
si quis caut.* licet *Niger in d. l. si insul. &
ibid. Ripa nu. 24.* dissentiant, ea ratio-
ne moti, quod certa quantitas loco

Intereſſe promiſſa, peti cum effectu nequeat, quando nondum conſtat, an creditoris interſit, *l. aduerſus, ff. de recep. arb. l. 2. §. item ſi in facto, vbi Dd. ff. de verbor. obligat.* quod vt maxime admittatur, cautela tamen Alexandri nihilominus in eo proderit, vt ſi per ſeſe conſtet, aut creditor oſtendat, incōmodi quid ex mora ſibi eueniſſe, debitor oblatione verbali neutiquam releuetur, ſed vltra factum teneatur etiam reipſa offerre promiſſam quantitatem, etiamſi creditor nolit, aut nequeat oſtendere, quantum interſit, *d. l. vlt. ff. de præt. ſtipul. d. §. vlt. inſt. de verb. obligat.* Reſtringitur etiam limitatio noſtra per ea, quæ tradit *Bartol. in d. l. ſi inſul. num. 1.* dum contendit, quando factum promiſſum ad judicij ſiue litis ordinationem ſpectat, vt in ſtipulatione *judicio ſiſti,* deq; defendendo, non impediri moræ purgationem, licet vltra factum interſit actoris ratione damnorum & expenſarum, quæ facti præſtatione minime reſarciuntur, eoq; neceſſe non eſſe, vt illud intereſſe cum facto ſimul offeratur, quia ſufficere debeat actori, quod officio judicis expenſarum damnorumq; raſartionem conſequi poſsit, judice non niſi refectis ijs reum audiente, *l. ſancimus, C. de judic. l. non ignoret, C. de fruct. & lit. expen.* & *Bartolum ſequitur ibid. Ioan. de Imol. n. 5. Alex. n. 10. Iaſ. n. 11.*
63 Verum † hanc opinionem repudiant poſt *Bald. in l. etſi poſt tres, nu. 29. & in eiuſdem l. repetitione, nu. 12. ff. ſi quis caut. Ruinus in d. l. ſi inſul. vbi Ripa n. 26. Nig. n. 74. Bologn. n. 89.* nec immerito: Quamvis enim expenſarum, damnorumve reſartionē officio judicis recuperare queat, nihil tamen prohibet, quo minus ea in purgatione moræ reſarciri neceſſe ſit, cum nihil pene ſit vſitatius in jure noſtro, quàm vt plures vnius & eiuſdem rei conſequendæ modi ſuppetant, *l. non ſolum, ff. de rei vend. l. quoties lex, ff. de obli. & act. l. nemo ex his, §. quoties, ff. de reg. jur. cum ſimil.* Deinde *d. l. ſancimus, & d. l. non ignoret,* de contumacia rei vel actoris loquuntur, quam à mora conſtat eſſe maxime diuerſam, ſiquidem præſupponit citationem ſive requiſitionē à judice factam, nec tam parti quam judici fit, qui proinde contumaciter abſentē tum alijs modis coërcet, tum etiam repellendo eum à limine judicij ſive audientiam denegando, donec pro expenſis & damnis parti ſatisfaciat: cum è diuerſo ſtipulatio *judicio ſiſti* ſive de defendendo citationē non neceſſario præſupponat, moraq; ſuper ea non judici, quippe qui ſtipulat9 non eſt, imo nec citauit, ſed parti fiat: Proinde nec firmiter inferri poſſe videtur, quod in vtraq; lege de contumacia ſtatuitur, ad moram quoq; pertinere ſive trahi oportere, cum à ſeparatis perperam ducatur argumentū, *l. vlt. ff. de calumn.* Quod ſi judex citauit ſive requiſiuit ante moram promiſſoris, eo poſtea non comparente ſive nō defendente, mora quidem & contumacia concurrent, ſed vt ille concurſus nullatenus impedit, quo minus etiamnum reipſa inuicem differant, & illa quidem ratione promiſſionis non ſeruatæ parti, hæc propter citationem temere ſpretam judici fiat: ita nec impedire debebit aut poterit, quo minus tam litigator, cui mora facta eſt, juſte recuſare moræ purgationem ob deficientem damnorum & expenſarum reſartionem poſsit, exigente ſuadenteq; hoc ipſum purgationis natura, *l. vtiq, ff. de recept. arb. l. ſi ita quis, §. Seia, ff. de ver. obl.* quam judex non reficientem damna & expenſas à limine judicij repellit, *d. l. ſancimus, d. l. non ignoret.* Quin potius eo ipſo, quia legibus præcitatis diſponitur, fruſtratorem comparere ſiue defendere volentem non niſi refectis damnis & expenſis audiendum & admittendum eſſe, parti aduerſæ tribuitur atq; confirmatur quoddam jus excipiendi de non admittenda comparitione ſive defenſione propter æſtimationē damnorū & expenſarum nondum oblatam neq; ſolutam: Nec enim legitimè ſive ſecundum legis præceptum comparet aut defendit, qui damna & expenſas non ante omnia refundit, & quo-

& quoties illegitime, nec vti lex præcepit, quidpiam fit, aduersæ parti competit exceptio. *l. 1. l. exceptiones opponuntur, ff. de except.* Proinde tantum abest, è dictis legib. euinci, moram stipulationi *judicio sisti* vel simili factam purgari sine oblatione æstimationis interesse siue damnorum & expensarum posse, vt contrarium potius euidenter inde colligatur.

64 Limit. secundo, quando conditio siue status obligationis mora superueniente non remanet in eadem caussa, sed ita mutatur, vt creditori non amplius expediat, nec sit ei profuturum, si deinceps dispositionis aut conuentionis legi satisfiat, puta, si quis in fundo suo domum ædificari stipuletur, & promissore aliquandiu moram adhibente fundum alienet: moræ namque purgationi tunc locus nō erit, ac proinde æstimatio tam eius, quod ratione futuri temporis, quam illius, quod respectu præteriti præsentisq; temporis interesse dignoscitur, à moratore omnimodo præstari debebit, *Bart. in d. l. si insulam, n. 2. vbi Angel. Ioa. ab Imol. n. 5. Castr. n. 4. Alex. n. 11. Ias. n. 12. Ripa n. 28. dicens Dd. Bartolum* communiter *sequi, Zas. n. 14. Niger n. 76. Bologn. n. 92. & seqq. ff. de verb. obl g. idemq; sensit Paris. consil. 19. nu. 240. vol. 1. Ruin. cons. 123. vol. 3. Grat. consil. 39. n. 55. vol. 1. Ioan. Ant. Alexan. cons. 113. Gab. Rom. lib. 3. commun. concl. 1. de transact. concl. 1. n. 14. & 15. Crauet. consil. 246. n. 5. vol. 2. Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 5. n. 6.* Probatur expresso textu *l. si in lege, §. colonus, ff. loca.* vbi cum per locatorem staret, quo minus colonus fundo conducto frui posset, interim hic in aliam coloniam se conferret, eaq; ratione fieret, vt alijs rebus illigatus fundo prius conducto frui non posset, etiamsi per locatorem non amplius staret, decidit Paulus, locatorem non posse moram emendare suam, addita nominatim decidendi ratione, quod sera sit patiētia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus non potest: huic enim patientia fruendi est inutilis, eoq; mora locatoris per illam nulla ratione purgari potest. Ad idem tex. *in l. etsi post tres, ff. si quis caut.* quæ purgationem tum demum admittit, cum jus actoris ex mora non est factum deterius, quia si deterius factum esset, puta, si temporalis actio fuisset interim extincta, sera moratoris comparitio penitus actori foret inutilis, quippe tunc temporis facta, cum actor actione destituitur. Insuper suffragantur *l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. & l. vbi, §. si autem, ff. de eod.* vbi postquam eius, cui mora facta est, interesse desijt fieri, quod vigore obligationis aut præcepti judicialis fieri citra moram debuisset, constat ei, quippe cui factum nullatenus expedire potest, etiamnum faciendo moram purgari non posse, nihilominus actio ad id quod interfuit agentis tum citra moram factum fuisse, cum fieri debuit, omnimodo adversus moratorem locum habet. Huc etiam facit *l. vlt. C. de repud. hæred.* vbi recusanti paternam hæreditatem permittitur intra triennium eandem adire, sed rebus hæreditarijs intermedio tempore non in eodem statu remanentibus, hoc est, venditis, adeundi repudiatam hæreditatem facultas omnimodo tollitur. Similis textus in *c. si tibi absenti, de præben. in 6.* vbi post lapsum terminum absenti, cui beneficium collatum erat, præstitutum ad ratificandum, ita demū permittitur moræ purgatio, si beneficiū durante mora nondum sit alteri collatum. Inprimis autem ea ratione monstratur, quia moræ purgationem non admitti constat, post quam creditor in damno, quod resarcire morator tenetur, est remansurus, multo minus eam, per quam nihilo plus creditor consequitur, siue bonis eius accedit, quam ante purgationem habuit, cum æquitas ipsa dictet, purgationem creditori tam nociuam nihil vtilitatis afferentem nullatenus esse admittendam, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. juncta l. non debet alteri, cum l. seq. ff. de reg. jur. & c. mutare, d. t. in 6.* Atqui cum eius, cui mora facta est, res ad eum statum peruenit,

vt non sit amplius ei quicquam profuturum, si deinceps conuentionis lex obseruetur, moræ purgatione nõ modo non resarcitur interesse debitum, ac proinde moram passus in damno remanet, sed nequidem bonis eius quicquam accedit: Non igitur emendationi moræ tali casu locus esse poterit. Denique caussa recusandi moræ purgationem non iniusta videtur, quod per eam creditor nec interesse suum, nec vllam vtilitatem consequatur, & iusta recusandi caussa moræ purgationẽ sine dubio impedit, *l. sed etsi alia, ff. de const. pecu. l. qui decem, in pr. ff. de solut. Forcat. de mora, p. 1. n. 16.*
65 *Menoch. consil. 543. n. 8. vol. 6.* Sed hanc sententiam *Ioan. ab Imol. in d. l. si insul. nu. 5.* tunc demum procedere putat, cum conditio siue status conuentionis exigente necessitate sic immutatur, vt moram passo nullatenus profutura sit eius, quod principaliter in obligatione veriatur, præstatio, puta, cum stipulator ex necessitate rei familiaris mora promissoris durante fundum, in quo domus fieri debebat, alienauit, quem si domus in eo citra moram fuisset extructa, longe pluris distrahere potuisset: tunc enim non est, quod moram passo mutatio siue alienatio, quantumvis eius factum interuenerit, imputetur, cum quicquid ille fecit, non sponte, sed necessitate adactus fecerit, *l. fideicommissa, §. si rem, ff. de lega. 3.* Ac licet eius hodie, quando status obligationis in eadem caussa non est, nihil amplius intersit, obligationi etiamnum satisfieri, quia tamen minime desinit retro interfuisse, quandoquidem quod ei propter aduersarij moram dudum abfuit, quodque lucrari minime potuit, eius nondum vllam consecutus est resarcionem, agere iure merito potest ad interesse sibi resarciendum, *arg. l. qui autem, §. illud, ff. si quis caution. & l. vbi exigitur, §. is autem, ff. de eden.* Secus esse censet in mutatione siue alienatione spontanea mereque voluntaria, cui nulla suberat necessitas: tunc enim est, quod imputetur moram passo, cuius facto proprio desinit eidem actio competere, *arg. l. siue, §. tamdiu, ff. de condic. furt. l. si sub vna, §. vlt. ff. de verb. obligat. l. si hominem, ff. de adil. edic. l. si seruum cuius, ff. de castr.* Addi potest, cum si quid incommodi sentit, non tam id ex mora frustratoris, quam propria culpa sentire, dum facto suo caussam dedit, ne mora purgari, ibique satisfieri possit, ac proinde damnum sibi, non alteri debet imputare, *c. damnum, de reg. iur. in 6.* Cumque per frustratorem non stet, quo minus moram purget, alter vero, cui mora purgari debet, efficiat, ne sibi morę purgatione satisfieri queat, par non est, nec iuri consentaneum, vt vllatenus huius factum illi obsit aut præiudicet, siquidem imputari non debet ei, per quem non stat, si non faciat, quod per eum fuerat faciendum, *c. imputari, de reg. iur. in 6.* potius pro facto accipitur id, quod ne fieret, is cui fieri debuit, impedijt, *l. iure ciuili, ff. de cond. & dem. l. in omnib. causs. l. in iure ciuili, ff. de reg. iur. cum simil.* Accedit, quod alioqui foret in arbitrio seu potestate creditoris, debitori pro libitu suo tollere facultatẽ purgandi moram, efficiendo per alienationem siue transmutationẽ status obligationis, ne moræ purgatione sibi satisfieri queat: hoc autem æquitati moræ purgationem admittenti repugnat, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. obl.* Quin & mora fieri siue durare desinit, cum res ad eum statum peruenit, vt creditori moræ purgatione satisfieri nequeat, cum non faciat moram, qui soluere, etiamsi vellet, non potuit, *l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de vsur.* Mora vero finita, debitor damno futuri temporis non est obnoxius, *l. semel mora, ff. solu. matr. l. qui decem, ff. de solutio.* Denique pro hac parte ponderari potest *l. legis Aquiliæ actio, 54. ff. ad leg. Aquil.* vbi cum stipulator post moram promissoris occidendo promissum animal effecisset, ne mora purgari posset, morator licet alioqui de interitu debitæ rei etiam sine culpa sua contingente teneatur, eo tamen ipso liberatus esse perhibetur. Vnde cum creditor,

quando transmutatione per ipsum citra vrgentem necessitatẽ facta, conditio siue status obligationis in eadem caussa non remanet, efficiat peræque, ne sibi moræ purgatio rite fieri possit, morator etiam hoc ipso liberatus esse videtur, *d. l. legis Aquiliæ actio.* Ve-
66 rum † licet hanc *Joannis de Imol.* restrictionem *in d. l. si insulam, post Rain. sequatur Niger num. 76.* verius tamen est, Bartoli sententiam paulo ante relatam indistincte procedere, sive necessitas intervenerit, sive defuerit, *vt præ cæteris tenuit Alexan. in d. l. si insul. num. 11. vbi Ias. num. 12. Zas. num. 14. Ripa num. 28. Bolognet. num. 94.* Tum, 1. quia fundamenta, quibus illa nititur, indistincte procedunt, præsertim *d. l. si in lege, §. colonus*, vbi Paulus nihil minus præsupponit, quàm necessitatem, quæ conductorem compulerit, vt in aliam se coloniam conferret. Tum, 2. quia morator opponere nequit, imputandum esse moram passo, cur alienarit, sive statum obligationis in eadem caussa non reliquerit, cum propter antecedens delictum frustratione commissum, sese isthac exceptione indignum reddiderit, *l. si quis emptionis, §. quod si quis, & §. sed hæc, C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Tum, 3. quod admissa Imol. restrictione debitor ex mora lucrum consecuturus esset, siquidem ab interesse totali, cuius resartionem vt euitet frustrator, moram purgare consueuit, Imol. pronunciat eum esse liberum: ad id vero, quod in obligatione primariò versatur, præstandum compellere nequit eum creditor, quippe cuius nihil interest, etiamnũ id fieri, *l. stipul. ista, §. alteri, l. si ita stipulatus, §. possum, ff. de ver. obl.* Est autem absurdũ, eum qui coercendus erat, pro pœna merita commodũ consequi, *l. non fraudantur, §. nemo, ff. de reg. jur. l. nec ex dolo, ff. de dol. l. Stichum, vers. sane, ff. de solut.* Tum, 4. quod is cui mora facta est, alienando siue quidvis aliud suis cum rebus faciendo, quo conditio siue status obligationis transmutatur, jure suo vtitur, proinde nemini facit injuriam, *l. injuriarum, §. 1. ff. de injur. l. nullus videtur, l. nemo damnum, ff. de reg. jur.* nec vllam licitus deq; jure permissus actus pœnam meretur, *l. Gracchus, C. ad leg. Iul. de adult.* etiamsi damnum inde redundet ad alterum, quod nec ipsum resarcire tenetur licite faciens, *l. qui seruum, ff. de verb. oblig. l. quid ergo, § si hæres, ff. de lega. 1. Sebast. Medic. de fortuit. casib. p. 2. q. 10. n. 145. vers. vndecimo ampl.* Quocirca non est æquum, ei denegari repetitionem eius, quantum propter aduersarij moram ipsi abesse dignoscitur, quantumve mora non facta lucrari potuisset, *l. si commissa, ff. rem rat. hab.* Tum, 5. quia moram passo alioqui propter aduersarij moram cohiberetur libera facultas disponendi de rebus suis, cum quibus, quamdiu mora durat, nihil ei facere liceret, quo conditio siue status obligationis immutaretur: Consequens autem videtur absurdum, & contra *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel alie. jur. & l. in re mandata, C. mand.* Igitur & antecedens. Nec obstat *l. si sub vna, §. vlt. ff. de verb. oblig. cum simil.* quia non apparet, multo minus præsupponitur, illic alienationẽ sive manumissionem fuisse factam post aduersarij moram, quæ sine diuinatione subintelligi minime potest. Ac licet in *l. sive, §. iam diu, ff. de con. iec. furt.* de mora constet, quia moram fur semper facere videtur, *l. vlt. ff. d. t.* tamen eo de casu loquitur, quo actio non potest amplius durare, quia dominium, quod in agente præsupponit illa, in alterum fuit alienatione translatũ, nec quicquam ea furi prodest alienatio, cum nouus dominus ab eo rem furto subtractam vigore acquisiti dominij vendicare possit: Secus in casu nostro, quo licet ob supervenientem alienationẽ sive transmutationem quantumvis voluntariam eius, cui mora facta est, non intersit, hodie vel in posterum fieri, quia tamen eius retro interfuisse non desinit, vel potius etiamnum interest, tunc factum fuisse, cum mora committeretur, ei actio ad interesse superest atque competit, *l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. vbi, §. is autem, ff. de eden.* In-

commodum vero quia post morã ante alienationẽ sive transmutationem voluntariam cœpit, dici nequit, alienantis sive transmutantis culpa id accidisse, præsertim cum vsus jure suo fuerit, nec quicquam, nisi quod est omni jure permissum, fecerit, *l. in re mand. C. mand.* & sic omni culpa careat, ac proinde propria culpa damnum sentire nequeat. Tum vero releuatur frustrator, per quem non stat, quo minus moram purget, cum adhuc facultas purgandi moram durat, sive, vt Paulus ait *in d. §. colonus*, cum adhuc ei, cui mora facta est, omnia in integro sunt: Cœterum re non amplius integra, sive tempore purgationis elapso, frustra morator paratus est emendare moram, cum temere dilatæ satisfactionis pœnitentia nimis sera sit, quando moræ purgatione creditori satisfieri nequit, *d. §. colonus*, & imputare sibi debeat morator, quod purgare moram tamdiu neglexit, nec matura satisfactione sibi prospexit, *c. damnum, de reg. jur. in 6. l. quod quis, ff. d. t. cum simil.* Quod de impedimento moræ purgationi per eum, cui mora purgari debuit, objecto afferebatur, procedit in eo demum, qui de facto saltem, cum jure suo non possit, impedimentum exhibet: Hic autem cum is, cui mora purgari debuit, quicquid fecit, jure suo fecerit, non est, quod factum eius præjudicare sibi cōqueratur morator, qui potius pro lucro reputare debet, aliquandiu licuisse moram purgare, altero non illico, vt poterat, cum ei mora fieret, jus suum vsurpante, *l. Proculus, ff. de damn. inf.* nec æquitati repugnat, cum cui mora facta est, faciendo, quod omni jure sibi licet, moratori facultatẽ purgandi moram tollere, cum æquitas ita demum purgationem admittat, si citra læsionem juris alieni fieri queat, *l. vtiq. ff. de recep. arb. l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. obl.* & æquissimum sit, domino saluam & illibatam remanere facultatẽ pro arbitrio disponendi de rebus suis, *l. 2. ff. de his qui sunt sui, l. in re mand. C. mand.* admodũ autem iniquũ, hanc ei plus satis alioqui propter aduersarij frustrationem grauato labefactare vel imminuere purgationis admittendæ gratia. Is vero qui soluere nequit, releuatur quidem, ne in moram incidat, nō etiam, vt a mora, cũ soluere posset, inchoata liberetur: facilius enim nondum factum, quam factum inhibetur, *c. quemadmod. de jurejur.* ac superveniens difficultas eum non magis quam interitus excusare potest, cum post moram sit periculum frustratoris, qui hoc quicquid est incommodi, vitari potuisset, si citra moram satisfecisset. Et vt detur, morã non amplius continuari, cum res ad eum statum peruenit, vt purgatione moræ creditori satisfieri nequeat, parum tamen id proderit moratori, cum mora commissa & aliquandiu continuata nondum purgatione sit sublata, eiq; cui facta est, debeatur, quantum ipsius interfuit, tunc fieri, cum mora committeretur; cuius in æstimatione respicitur atq; comprahenditur, non tantum quod ratione præteriti sive præsentis, verum etiam quicquid ratione futuri temporis interesse creditoris depræhenditur, factum esse citra moram, *per tex. adhoc notabilem in d. §. colonus, & l. 2. ff. de ann. lega. Bart. in l. stipul. non divid. nu. 30. vbi præ cæteris Bologn. n. 192. & 245. cum seqq. ff. de verb. oblig. Loriot. in l. quatenus. §. superest vt aliam, vers. si vero toto, ff. de reg. jur.* Ad *l. legis Aquil. actio, ff. ad legem Aquil.* respondetur, illam eo de casu loqui, cum facto stipulatoris non tantum facultas purgandi moram, sed pariter etiam actio tollitur, quod in proposito non vsu venit, vbi transmutatione facta, ad interesse actio superest, *d. §. colonus, l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. vbi, §. si autem, ff. de edi. ed.* Rursus *in d. l. legis Aquil.* stipulator occidendo promissum animal, non vtitur jure suo, nec facit, quod de jure sibi est permissum, cum animal, quippe nondum datum, adhuc fuerit alienum ac promissoris dominio subjectum, proinde non mirum, liberari moratorem,

quan-

quando facto creditoris illicito res desiit esse, præstarique posse: aliud in casu nostro juris, quippe quo creditor suo jure fecit, quicquid fecit. Quin etiam *in d. l. legis Aquil.* præter id, quod facultas purgandi moram tollitur, insuper illud accedit, quod morator, quantumuis obligatione liberetur, in lucro minime remaneat, si quidem res, qua moram purgaturus erat, ei non minus abest, quam si creditori eam præstitisset: cum e diuerso in casu nostro esset in lucro remansurus, quod ratio juris in moratore non admittit. Quid vero si creditor efficere possit, vt conditio siue status obligationis rursus in eadem caussa sit, in qua fuit ante, puta, si emtor alienatum fundum, in quo morator domum extruere debebat, paratus sit reuendere: anne tunc saltem purgare moram licebit? Mouet hanc quæstionem Ripa *in d. l. si insul. numer. 29.* quam dubiam reddit illa interpretum decisio, quando moræ, qua durante fuit actio præscripta, purgationem admittunt, dummodo morator paratus sit in sese judicium perinde suscipere, ac si actio pristina etiamnum duraret, *per l. & eleganter, §. penult. ff. de dol. l. Iulianus, §. quinzum, ff. ad exhib. Angel. in d. l. si insulam, ubi Lud. Rom. Ioan. de Imola. numer. 11. Castrens. num. 4. Ripa, nume. 29. Bologn. num. 96. ff. de v. rb. oblig. Alexand. in l. etsi post tres, numer. 12. ff. si quis cautio. Salic. in l. ubi pactum, num. 12. C. de transact.* Similiter enim casu etiam nostro admissa moræ purgatione jus actoris ex mora deterius esse desinet. Sed

67 † rectius Ripa decidit ibidem, purgari moram ne tum quidem licere, *quem sequitur ibi Bolognet. numer. 96.* cum, quod in rei veritate tali casu vix desinat ex toto jus actoris esse deterius, siquidem interuenire multa possunt ac solent, propter quæ minus ei commodum esse potest, statum obligationis in caussam reducere pristinam: Quid enim, si pretium ad redimendum non amplius in promtu habeat? quid si pretio, pro quo fundum distraxit, longe plus commodi, quam ex fundo ipso sit consecuturus? Tum, quod reducere statum obligationis in pristinam caussam sit actus meræ facultatis à potestate creditoris dependens, cui sicut inhiberi minime potuit, quo minus post moram jure suo statum obligationis transmutaret, ita nec is cogi debet aut potest, vt ad nutum & voluntatem frustratoris, quod antea jure fecit, iterum retractet, inuitus contractum vel quasi contractum ineat, *l. nec emere, l. de jure delib. cum simil.* Tum, quod alioqui bona creditoris essent in suspenso, cum quandocunque frustratori liberet moram purgare, teneretur efficere creditor (si possit,) vt status obligationis in pristina caussa sit: Consequens absurdum, & contra *l. 1. ff. de vsurp. & vsuc.* Igitur id etiam, vnde sequitur. Nec refragatur allegata interpretum decisio, quæ loquitur de casu longe diuerso, nempe, quo in totum desinit actoris jus esse deterius, & quidem ex sola moræ purgatione factum actoris ad recuperandam actionem sopitam siue præscriptam nec requirente nec præsupponente. Vnde 68
Ripa, (sub dubio tamen,) infert, si emtor, cui stipulator post moram fundum vendidit, si paratus ei soluere æstimationem domus, quam promissor etiamnum in fundo venditio ædificare paratus est, moræ purgationi locum fore, quia sine facto stipulatoris desinere videtur isto casu jus ipsius esse deterius. Sed enim reprehendit *Bolognet. ibid.* cum, quod hic etiam requiri videatur factum stipulatoris diligenter vrgentis absolutionem operis: tum, quod emtori sit facilius, conuenire cum promissore, & ex eius voluntate nouam stipulationem facere cum eisdem pactis. Parum tamen vtraq; ratio Ripæ aduersatur, quia cum æstimatio vim & effectum venditionis obtineat, *l. plerumque, §. si ante, ff. de jure dot.* & onus & incommodum rei venditæ ad emtorem omnimodo pertineat.

commodum vero quia post morã antre alienationẽ sive transmutationem voluntariam cœpit, dici nequit, alienantis sive transmutantis culpa id accidisse, præsertim cum vsus jure suo fuerit, nec quicquam, nisi quod est omni jure permissum, fecerit, *l. in remand. C. mand.* & sic omni culpa careat, ac proinde propria culpa damnum sentire nequeat. Tum vero releuatur frustrator, per quem non stat, quo minus moram purget, cum adhuc facultas purgandi moram durat, sive, vt Paulus ait *in d. §. colonus*, cum adhuc ei, cui mora facta est, omnia in integro sunt; Cœterum re non amplius integra, sive tempore purgationis elapso, frustra morator paratus est emendare moram, cum temere dilatæ satisfactionis pœnitentia nimis sera sit, quando moræ purgatione creditori satisfieri nequit, *d. §. colonus*, & imputare sibi debeat morator, quod purgare moram tamdiu neglexit, nec matura satisfactione sibi prospexit, *c. damnum, de reg. jur. in 6. l. quod quis, ff. d. t. cum simil.* Quod de impedimento moræ purgationi per eum, cui mora purgari debuit, objecto afferebatur, procedit in eo demum, qui de facto saltem, cum jure suo non possit, impedimentum exhibet: Hic autem cum is, cui mora purgari debuit, quicquid fecit, jure suo fecerit, non est, quod factum eius præjudicare sibi cõqueratur morator, qui potius pro lucro reputare debet, aliquandiu licuisse moram purgare, altero non illico, vt poterat, cum ei mora fieret, jus suum vsurpante, *l. Proculus, ff. de damn. inf.* nec æquitati repugnat, eum cui mora facta est, faciendo, quod omni jure sibi licet, moratori facultatẽ purgandi moram tollere, cum æquitas ita demum purgationem admittat, si citra læsionem juris alieni fieri queat, *l. vtiq. ff. de recep. arb. l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. obl.* & æquissimum sit, domino saluam & illibatam remanere facultatẽ pro arbitrio disponendi de rebus suis, *l. 2. ff. de his qui sunt sui. l. in re mand. C. mand.* admodũ autem iniquũ, hanc ei plus satis alioqui propter aduersarij frustrationem grauato labefactare vel imminuere purgationis admittendæ gratia. Is vero qui soluere nequit, releuatur quidem, ne in moram incidat, nõ etiam, vt à mora, cũ soluere posset, inchoata liberetur: facilius enim nondum factum, quam factum inhibetur, *c. quemadmod. de jurej. jur.* ac superveniens difficultas cum non magis quam interitus excusare potest, cum post moram sit periculum frustratoris, qui hoc quicquid est incommodi, vitari potuisset, si citra moram satisfecisset. Et vt detur, morã non amplius continuari, cum res ad eum statum peruenit, vt purgatione moræ creditori satisfieri nequeat, parum tamen id proderit moratori, cum mora commissa & aliquandiu continuata nondum purgatione sit sublata, eiq; cui facta est, debeatur, quantum ipsius interfuit, tunc fieri, cum mora committeretur, cuius in æstimatione respicitur atq; comprehenditur, non tantum quod ratione præteriti sive præsentis, verum etiam quicquid ratione futuri temporis interesse creditoris deprehenditur, factum esse citra moram, *per tex. ad hoc notabilem in d. §. colonus, & l. 2. ff. de arb. lega. Bart. in l. stipul. non divid. nu. 30. vbi præ cæteris Bologn. n. 192. & 245. cum seqq. ff. de verb. oblig. Loriot. in l. quatenus. § super eã vt aliam, vers. si vero toto, ff. de reg. jur.* Ad *l. legis Aquil. actio, ff. ad legem Aquil.* respondetur, illam eo de casu loqui, cum facto stipulatoris non tantum facultas purgandi moram, sed pariter etiam actio tollitur, quod in proposito non vsuvenit, vbi transmutatione facta, ad interesse actio superest, *d. §. colonus, l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. vbi, §. si autem, ff. de edi. ed.* Rursus *in d. l. legis Aquil.* stipulator occidendo promissum animal non vtitur jure suo, nec facit, quod de jure sibi est permissum, cum animal, quippe nondum datum, adhuc fuerit alienum ac promissoris dominio subjectum, proinde non mirum, liberari moratorem, quan-

quando facto creditoris illicito res de-
sijt esse, præstarique posse: aliud in
casu nostro juris, quippe quo creditor
suo jure fecit, quicquid fecit. Quin
etiam *in d. l. legis Aquil.* præter id,
quod facultas purgandi moram tol-
litur, insuper illud accedit, quod mo-
rator, quantumuis obligatione libe-
retur, in lucro minime remaneat, si
quidem res, qua moram purgaturus
erat, ei non minus abest, quam si cre-
ditori eam præstitisset: cum e diuer-
so in casu nostro esset in lucro reman-
surus, quod ratio juris in moratore
non admittit. Quid vero si creditor
efficere posit, vt conditio siue status
obligationis rursus in eadem caus-
sa sit, in qua fuit ante, puta, si em-
tor alienatum fundum, in quo mo-
rator domum extruere debebat, pa-
ratus sit reuendere: anne tunc sal-
tem purgare moram licebit? Mouet
hanc quæstionem Ripa *in d. l. si insul.*
numer. 29. quam dubiam reddit illa
interpretum decisio, quando moræ,
qua durante fuit actio præscripta,
purgationem admittunt, dummodo
morator paratus sit in sese judicium
perinde suscipere, ac si actio pristina
etiamnum duraret, *per l. & eleganter,*
§. penult. ff. de dol. l. Iulianus, §. quin-
tum, ff. ad exhib. Angel. in d. l. si insulam,
ubi Lud. Rom. Ioan. de Imola. numer. 11.
Castrens. num. 4. Ripa, nume. 29. Bologn.
num. 96. ff. de v. rb. oblig. Alexand. in
l. etsi post tres, numer. 12. ff. si quis cautio.
Salic. in l. ubi pactum, num. 12. C. de trans-
act. Similiter enim casu etiam nostro
admissa moræ purgatione jus acto-
ris ex mora deterius esse desinet. Sed
67 † rectius Ripa decidit ibidem, pur-
gari moram ne tum quidem licere,
quem sequitur ibi Bolognet. numer. 96.
cum, quod in rei veritate tali casu
vix desinat ex toto jus actoris esse
deterius, siquidem interuenire mul-
ta possunt ac solent, propter quæ mi-
nus ei commodum esse potest, statum
obligationis in caussam reducere
pristinam: Quid enim si pretium ad
redimendum non amplius in promtu
habeat? quid si pretio, pro quo fun-
dum distraxit, longe plus commodi,
quam ex fundo ipso sit consecutu-
rus? Tum, quod reducere statum
obligationis in pristinam caussam sit
actus meræ facultatis à potestate cre-
ditoris dependens, cui sicut inhiberi
minime potuit, quo minus post mo-
ram jure suo statum obligationis
transmutaret, ita nec is cogi debet aut
potest, vt ad nutum & voluntatem
frustratoris, quod antea jure fecit,
iterum retractet, inuitus contra-
ctum vel quasi contractum ineat,
l. nec emere, l. de jure delib. cum simil.
Tum, quod alioqui bona creditoris
essent in suspenso, cum quandocun-
que frustratori liberet moram pur-
gare, teneretur efficere creditor (si
posit) vt status obligationis in
pristina caussa sit: Consequens ab-
surdum, & contra *l. 1. ff. de vsurp. &*
vsuc. Igitur id etiam, vnde sequitur.
Nec refragatur allegata interpre-
tum decisio, quæ loquitur de casu
longe diuerso, nempe, quo in totum
desinit actoris jus esse deterius, & qui-
dem ex sola moræ purgatione factum
actoris ad recuperandam actionem
sopitam siue præscriptam nec requi-
rente nec præsupponente. Vnde † 68
Ripa, (sub dubio tamen,) infert,
si emtor, cui stipulator post moram
fundum vendidit, si paratus ei solue-
re æstimationem domus, quam pro-
missor etiamnum in fundo vendito
ædificare paratus est, moræ purgati-
oni locum fore, quia sine facto sti-
pulatoris desinere videtur isto casu
jus ipsius esse deterius. Sed enim re-
præhendit *Bolognet. ibid.* cum, quod
hic etiam requiri videatur factum
stipulatoris diligenter vrgentis abso-
lutionem operis: tum, quod emto-
ri sit facilius, conuenire cum promis-
sore, & ex eius voluntate nouam sti-
pulationem facere cum eisdem pactis.
Parum tamen vtraq; ratio Ripæ ad-
versatur, quia cum æstimatio vim &
effectum venditionis obtineat, *l.*
plerumque, §. si ante, ff. de jure dot. &
onus & incommodum rei venditæ
ad emtorem omnimodo pertineat,

§. cum autem, inst. de emt. & vend. emtori potius incumbere videtur, instare vel vrgere domus extructionem, non stipulatori vendenti, qui nec ex statura venditionis ad hoc tenetur, nec ad id sese nominatim astrinxit. Nec tam facile, vt Bolognerus autumat, emtor cum promissore semper conuenire de nouo potest, siquidem huius interest potius, moram purgare suam, eaq; ratione detrimentum grauius vitare, quam pristino stipulatori obnoxium remanere, simulq; nouiter cum emtore pacisci. Ac si maxime facilis conuentio sit, quid ea, quæso, facit ad impediendã morę purgationem? Certe nihil. Neq; tamen tuta est illatio Ripæ: Sequeretur enim, extraneum siue tertium ei cui mora facta est, præiudicare facto suo, adeoque actionem ei propter aduersarij morã ad id, quod ipsius interest quęsitam inuito detrahere siue auferre posse, quod videtur inconueniens. Cumq; in effectu nihil à venditione descrepet æstimatio, & inuitus vendere nemo teneatur. *l. inuitum, C. de contrah. emt.* certe nec stipulator æstimationi consensum adhibere, eamq; recipiendo moræ purgationi locum facere tenebitur. Vt omittam, quod hæc ipsa moræ purgatio, cum fieri nequeat, nisi æstimationi consenserit, eamq; receperit stipulator, præsupponat & requirat factum stipulatoris, cui multis de caussis id graue admodum, & inoportunum esse potest.

69 Tandem † nec illud prætereundum, si per eum, cui quid fieri debet, stet, quo minus fiat, interim status obligationis in eadem desinat esse caussa, debitore rebus aliis illigato, quibus impediatur deinceps facere, quod vigore obligationis alioqui facere tenebatur, seram fore pœnitentiam creditoris postea volentis adeoque desiderantis, vt fiat, quod promissum est. ac proinde debitorem non facientem ad æstimationẽ eius, quod creditoris interest fieri, minime teneri, prout euidenter euincit ratio Pauli *in l. si in lege, §. colonus, vers. sera, ff. loca.* & regula juris exigit, quæ vult, vt dispositum in vno correlatiuorum, pariter etiam in altero dispositum intelligatur, *l. ult. C. de inalc. vend.* Accedit impedimentum post creditoris moram facto quidem debitoris, at licito, caussatum, quod justam præbet caussam non admittendi moræ purgationem, ac releuandi debitorem, ne deinceps ad facti vel interesse præstationem vrgeri possit: *fac. l. 2. §. si quis, & §. sequent. ff. si quis caut. cum simil.* Nec quicquam fuerit iniquius, quam promissorem facere paratum expectare teneri, vsq; dum stipulatori opera ipsius vti libeat, interim amittere occasionem quærendi luculentum ex operis alteri siue personæ siue rei præstandis emolumentum. Si † tamen contractus fuit vltro citroq; 70
obligatorius, & alter contrahentium prius quam per se staret, quo minus ab altero fieret, ex parte sua satis fecerit, statu obligationis postea per eum, cui mora facta erat, mutato, quod dedit, quodue ex facto suo adest moram passo, condictione caussa dati caussa non secuta repetere posse videtur, *l. 4. & 5. ff. de condic. causs. dat. l. si cum exiguam, l. pecuniam, C. de condic. ob causs. dat. l. bona fides, ff. de act. emt.* vel eo magis, cum bonæ fidei contractus haud patiatur, vt quis pariter & eo careat, quod sibi fieri debebat, & illo, quod ob futuram facti præstationem in alterum vicissim contulit, *l. ex emto, §. ibidem, vers. neq. enim, d. l. bona fides, ff. de action. emt.* Nec obstat *l. 1. §. Diuus, ff. de var. & extraor. cogn. & arg. l. vltim. C. de condic. ob causs. dat.* quibus repetitio denegari videtur, quando per accipientem, qui facere debuit, non stetit: Non enim ad impediendam dati ob caussam caussa non secuta repetitionem sufficit accipientem in mora siue culpa non esse, aduersario post moram suam fieri desiderante, sed requiritur, vt fortuito casu caussa non sit secuta, nec subsequi possit, puta, ob mortis interventum, vt liquido patet ex casu *d. §. Diuus, & est tex. not. in l. pecuniam,*

C. de

ff. de cond. ob causs. dat. idq; vel ideo magis obtinet, quod alioqui postquā per adimplentem ex parte sua stetit, quominus ab altero fieret, in potestate debitoris foret, pro libitu sese liberandi citra vllam satisfactionem tam a condictione ob caussam dati caussa non secuta, quam ab onere actionis ex obligatione principali contra sese competentis, quod absurdum fuerit, jurique minime consentaneum, *l. hac venditio, vers. neq; enim, ff. de contrah. em. l. cum res, §. sed si Stichus, versicul. quoties, ff. de lega. 1.* Quod si ex parte sua non impleuit is, per quem stetit, quo minus ab altero fieret, exceptione sese, ne ex parte sua teneatur implere, tueri poterit aduersus eum, a quo nihil est consecutus ob statum obligationis ab eodem transmutatum, *l. quaero, §. inter, ff. loca. l. 2. §. proinde, vers. etsi certa, ff. de excep. dol. l. 1. §. is autem, versic. num cui, ff. de superfic. l. inuitus, §. 1. ff. de reg. jur.* Cœterum † hacte-
71 nus dicta omnimodo quidem in obligatione faciendi procedunt, an vero idem sit in obligatione dandi, quæstionis est? Ac primo quidem intuitu forte quis opinari posset, in ea limitationi nostræ locum esse vix posse, cum res danda, si non aliam creditori vtilitatem afferat, accepta tamen ab eo tanti distrahi potest, quanti communiter valet, vt proinde status obligationis vix vnquam ita mutari posse videatur, vt non ut amplius quicquam creditori profutura datio: Sed re diligentius expensa, non obscure depræhenditur, in ea quoque limitationem obtinere oportere, *vt sensisse videtur etiam Bolognet. in d. l. si in suam, nume. 95. Text. est ad hoc notabilis in l. illud, versicul. sed si, ff. de peric. & com. rei vendit.* vbi emtori, quem constat obligatum esse ad dandum, permittitur ita demum purgare moram, cum omnia in integro sunt: ac proinde á contrario sensu satis euidenter indicatur, quándo non amplius omnia in integro sunt, purgari moram haud posse. Dum præsupponit Pomponius, omnia in integro esse, non requirit, ne damnum quoddam extrinsecum siue insolitum venditori post moram acciderit, aut ne propter moram ei lucrum, quod mora non facta consequi potuisset, abiit: nec enim talia, sed vsuras duntaxat emtor in mora constitutus præstat, *l. vltim. ff. de peric. & com. rei ven. l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt.* Restat igitur, ut id modo sensetit, & indicare voluerit hisce verbis, conditionem siue statum obligationis adhuc in eadem caussa esse, puta, venditorem seruitutis post emtoris moram nondum fundi seruituti dominum esse desiisse, vel rei corporalis venditorem nondum eius rei dominium in alium transtulisse: quos casus non obscure videtur innuere Pomponius ipse, dum in sequentibus de venditore ait, cum posset se exsoluere: estque tanto minus hoc de sensu ambigendum, cum similiter eadem verba á Paulo vsurpata legantur *in l. si in lege, §. colonus, ff. locat.* & ab eodem Pomponio *in l. mancipior. ff. de optio. legat.*

Vt † autem euidentius appa- 72
reat, quatenus in obligatione dandi limitatio procedat, distinguendum fuerit: Aut enim frustrator vult purgare moram rei ab altera parte consequendæ gratia: & si quidem mora fuit commissa non accipiendo, siue recusando accipere, statu obligationis postea sic mutato, vt debitor facultatem rei debitæ præstandæ non amplius habeat, moræ purgationi locus vix erit: Tum 1. quod huic casui ratio paulo ante in contrarium adducta minime congruat: Tum 2. quia sera est pœnitentia creditoris tunc accipere parati, quando debitor facultatem rei præstandæ non amplius habet, *d. l. si in lege, §. colonus, vers. sera est, ff. locat.* Tum 3. quod in obligatione faciendi

casu

casu tali purgatio moræ non admittitur, prout supra ostensum, & huic obligationem dandi, quoad moræ purgationem æquiparari constat, *l. continuus, §. item qui insulam, ff. de verb. obl.* Tum 4: per *tex. d. l. illud.* vbi mora emtoris, cuius est simpliciter mentio facta, tam potest, ac debet intelligi commissa in non accipiendo rem vēditam, quam in non soluendo pretium: requiritur autem præcise ad illius moræ purgationem, vt adhuc omnia in integro sint, ac proinde cum non amplius in integro sunt, id quod vsuuenit statu obligationis mutato, puta, rei debitæ post moram alienatione, moræ purgatio penitus excluditur. Tum 5. quia licet debitor astringendo sese ad rei præstationem, jus liberum disponendi de illa sibi non nihil diminuerit, dum nequit eam impune in alium transferre, *l. qui duob. ff. ad legem Cornel. de fals.* tamen cum eandem offerendo ex parte sua legi conuentionis siue dispositionis obtemperauerit, creditor autem non accipiendo ex parte sua contrauenerit, non est æquum, ei ne quidem post aduersarij moram jure suo impune vti licere alienando rem suam, quam morator oblatam accipere noluit, *ut sensit etiam Odofred. in l. venditor ex hereditate, ff. de hæredit. vel act. ven. Bald. in l. quoties, nu. 2. vbi Salic. nu. 1. Ias. nu. 45. C. de rei vend. Bald. in c. si facta, n. 2. si de feudo defunc. cont. fu. inter dom. & agn. Alexan. in l. à Diuo Pio, §. sed si emtor, nu. 6. ubi Ias. nume. 5. ff. de re judic.* cum præsertim ei, cur alienando fecerit, quo minus rei præstandę facultatem haberet, obijcere vel imputare nequeat morator, qui prior obligationem obseruare neglexit, *c. frustra, & ibi not. per Dd. de reg. jur. in 6. l. si instituta, in pr. ff. de inoff. testa. l. cum pater, §. libertis, ff. de lega. 2. l. cum proponas, C. de pact. cum sim.* Quæ rationes cū æque procedant in eo, qui suâ sponte citra necessitatem, quam in eo, qui necessitate rei familiaris vrgente post moram statum obligationis transmutauit, siue rem alteri debitam distraxit, vtrobiq; moræ purgationem peræque impediri patet. Nec est verendum, ne isthac ratione debitor cum detrimento creditoris locupletior efficiatur. Nam si maxime facta post moram creditoris transmutatione debitor in rem suam, quod moratori debeat verterit: (Vertit autem non tum solum, quando bonis ipsius accessit, quod consumtum est, sed tum quoq;, cum nulla vtilitas ad eum pecuniaria redūdauit, dummodo cōsumtum fuerit in ipsius negotium, puta, si rem creditori debitam alteri donauit, *l. 3. §. nec non, vers. neq., ff. de in rem vers.*) in eo quidem releuabitur, ne rem ipsam, quippe quam non ita pridem alienatam, eodem quo vendita fuerat, pretio recuperare vix potest, neue quod creditoris interest, ipsam rem adipisci & habere licere, præstare compellatur, *l. cætera, §. ult. l. senatus, in princ. ff. de lega. 1. l. si hæres rem, ff. de lega. 2. l. ex emto, §. qui autem, ff. de action. emt.* neutiquam tamen lucrabitur versum in rem suam, cum non fuerit obligatione liberatus per morā creditoris non accipientis, *l. Celsus, in fi. cum l. seq. ff. de recep. arb. l. si & per emtorem, §. quod si fundum, ff. de actio. emt.* multo minus per subsequentem, qua creditori debitum in rem suam vertit, transmutationem, *l. cætera, §. ult. ff. de lega. 1. l. si hæres rem, ff. de lega. 2.* ac proinde ad justam eius, quod in rem suā vertit, æstimationem teneatur, *l. senatus, in pr. l. cum r. s, § sed si Stichus, l. si domus, §. qui confitetur, ff. de lega. 1. l. mortuo, §. penult. l. si quod ex Pamphila, ff. de lega. 2. l. fidei commissa, §. si seruo, l. non dubium, §. ult. ff. de lega. 3. cum sim.* Quin etiam exceptione se tueri poterit, ne contractum ex parte sua implere cogatur, qui fuit in mora accipiendi, quando is cui mora facta est, alienando fecit, quo minus rem debitam deinceps præstare possit, nec eius quod in rem suam vertit, æstimationem offert, *l. Iulianus, §. offerri, & ibi not. per Dd. ff. de act. emt. l. quæro, §. inter, ff. locat. l. 2. §. proinde, ff. de excep. dol. l. ex his præ. ius, C. ut*

C. de euict. Quod si vero mora commissa fuit non implendo, quod ex parte sua quis dare facere debebat, de iure tum quoque requiritur, vt status obligationis in eadem caussa sit, siue vt Pomponius ait, adhuc omnia in integro sint, alioqui moræ purgatio rei ab altera parte consequendæ gratia non admittenda videtur, *tex. est in l. illud, vers. sed si, ff. de peric. & com. rei ven.* qui de tali emtoris mora tam potest atque debet intelligi, quam de mora non accipiendo facta. Alius æque clarus *in d. l. si in lege, §. colonus, ff. locat.* vbi locatori mercedis à conductore consequendæ gratia moram purgare non permittitur, nisi quando adhuc omnia colono in integro sunt. Nec desunt rationes, quibus idem comprobetur. Etsi enim obligationes dandi & faciendi multum inter sese discrepent, regulariter tamen inter eas ita comparatum, vt quod in vna iuris est, idem soleat etiam obtinere in altera, præsertim quoad moræ purgationem, *l. continuus, §. item qui insul. ff. de verb. oblig.* nisi quibus casibus jure nostro nominatim diuersitas inter eas inducta reperitur, aut subest ratio diuersitatis evidens. Vnde cum in obligatione faciendi moræ purgationi locum non esse constet propter statum obligationis mutatum, isq; non minus in obligatione dandi casu nostro trausmutetur, consequi videtur, nec in ea tali casu moram purgari posse. Cumque grauior proculdubio sit mora non implentis ex parte sua, quam non accipientis, & hic moram emendare vix posit, quando status obligationis in eadem esse caussa desiit, multo minus in eiusmodi casu moram ille purgare poterit. Accedit justa caussa recusandi moræ purgationem, cum post moram non implentis res eo deuenerit, vt emendatio moræ non sit eam, quam disponens siue contrahentes ab initio respexerunt, vtilitatem allatura, & moram passo cum primis difficile damnosumq; sit futurum rebus non amplius integris ex parte sua satisfacere. Quamuis ergo res à frustratore oblata ranti distrahi posit, quanti commu. valet, tamen cũ hæc qualiscunq; vtilitas ab initio non fuerit in consideratione, multoq; minus attendatur in cohibenda moræ purgatione, vt clare liquet ex *d. §. colonus*, vbi à colono fruendi facultas alteri certa mercede concedi potuisset, moræ tamen emendatio nihilominus impeditur: insuper etiam frustratorem ad rem sibi dandam alter non alia de caussa vel intentione astrinxerit, quam vt acceptam retineret, vsibusq; suis adhiberet, ac propter statum obli. mutatũ ipsi non modo res non esset usui futura, sed & alia sustinenda forent incõmoda, si moræ purgationẽ admittere, ac vicissim ex parte sua satisfacere teneretur, æquitas ipsa flagitat, ne tanto eum ipsius prejudicio siue detrimẽto moræ purgatio admittatur. Aut vero non rei quidem consequendæ, sed euitandæ pœnæ gratia morã purgare vult: & minime poterit, quando morã passo non amplius omnia in integro sunt: tum *per tex. l. etsi post tres, ff. si quis cauti.* & *l. mancipior, ff. de optio. lega.* quib. cum in pœnali obligati. faciendi tale quid aperte comprobetur, nec ratio diuersitatis idonea in pœnali obligatione dandi posit assignari, neutiquã in ea reb. non amplius integris moræ purgationi locus erit, *l. continuus, §. item qui ins. ff. de ver. obl.* Tum, quia sera est pœnitẽtia frustratoris tunc demũ offerentis, quando moram passo res vsui non amplius esse potest, *l. si in lege, §. colonus, ff. loca.* Tum, quia moræ purgatio non admittitur, cum quis propter aduersariæ morã subiturus est damnũ, cuius euitandi gratia pœna fuit adiecta, *d. l. mancipior.* Hoc cũ etiam in proposito contingat, vbi tale incommodum quis eo ipso subiturus est, quia res ei non erit vsui, merito moræ purgatio excluditur. Tum, quia quoties aliud purgatione moræ offerendum venit, aliud mora non purgata præstari oporret, emendari mora nequit, nisi adhuc omnia in integro sint, vt liquet ex *d. l. si in lege, §. colonus, d. l.*

d. l. etsi post tres, l. qui autem, §. illud, ff. si quis caut. l. ubi, §. si autem, ff. de eden. Vnde cum in pœnali obligatione dandi rem debitam moræ purgatione offerri, mora non purgata pœnam solui necesse sit, statuq; obligationis post moram in eadem caussa non remanente, omnia in integro non sint, consequitur, emendari moram haud posse.

Aut moram eo saltem fine purgare vult, vt sese liberet, cum à principali obligatione, tum à futuri temporis incommodis, quæ circa debitam rem euenire possunt: Et verius videtur, hoc casu moræ purgationi locum esse, quantumvis debita res creditori non sit vsui futura: Cum enim in obligatione dandi post moram peti nequeat aliud, quam debita res, aēli quid amplius æstimationis excedentis ratione præstandum venit, *l. vinum, ff. si cert. pet. l. penult. & vlt. ff. de condic. trit. l. si seruum, §. vlt. ff. de verb. obl.* & idipsum fit, quod in purgatione moræ offerri necesse est, *d. l. si seruum, §. sequitur, l. fideiussor euictionis, ff. de excep. dol.* saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit, vt Paulus ait *in l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emti.* Quin vel maxime creditoris interest, potius cum augmento excedētis æstimationis adipisci rem promissam sibi vix vsui futuram, euius è distractione lucrum faciat, quam nihil consequi: præsertim, cum sit alioqui futurum, vt frustratio creditori tam nocua moratori prosit ad retinendam lucrandamq; rem promissā, quod absurdum fuerit, *l. hominem, ff. mand.*

73 Limit. 3. quando † superuenit litis contestatio, quia per eam facultas purgandi moram tollitur, eoque nec releuatur frustrator, quo minus incommodorum futuri temporis in æstimatione aduersus eum ratio habeatur, *l. si insulam, vbi DD. ordinarie, ff. de verb. obl.* Quæ sententia cum propter euidentiam textus in obligationibus faciendi careat omni dubio, de ratione ambigunt interpretes, cur in eis post litem contestatam purgare moram non liceat? Bartolus, quem non pauci sequuntur, confugit *in d. l. si insul. n. 16.* ad moræ geminationem siue multiplicationem, qua non impediri moræ purgationem, superius fuit ostensum. Alij censent ideo post litem contestatā durius agi cum frustratore, quod post acceptum judicium & judicem & partem offendat. Sed cum neq; contumaciam committat litigando siue defendendo sese in judicio, nec judex ei satisfactionem iniungat ante sententiam, dici vere vix potest, ab eo judicem offendi. Et vt dētur, judicem offendi, quid illa offensio, quæso, ad moræ purgationem, quam æquitas ipsa suadet admittendam? Sunt alia remedia, quibus ille suam defendere jurisdictionem possit, etiamsi facultatem purgandi moratori ex bono & æquo cōpetentem relinquat illibatē, *l. unic. & ibi not. ff. si quis jus dic. non obtem.* Nonne contumax longe grauius offendit atq; contemnit judicem, nihilominus comparendo, partiq; expensas refundendo purgare contumaciā suā, pœnasq; legibus præstitutas effugere potest, *l. sancimus, C. de jud. auth. qui semel, C. quomod. & quando judex, auth. & qui jurat, C. de bon. aut. jud. possid.* Sequeretur insuper, emendationi moræ nunquam post litis contestationem esse locum, quandoquidem assignata semper subesset ratio, cum tamen quoties petitur illud quod debetur, etiam post litem contestatam purgatio moræ regulariter admittatur, *l. si reus paratus, ff. de procur. §. vlt. inst. de perpet. temp. action.* Quare nō immerito repudiant hanc rationem *Niger. in d. l. si insul. & ibi Bolog. n. 102.* Castrensis autem *in d. l. si insul. nu. 4. & ibid. Alex. nu. 29.* ideo lite contestata moræ purgationem non admitti putant, quia post litem contestatam jus actoris potentius efficitur, *l. aliam, ff. de nouat. l. non solet, ff. de reg. jur.* Quæ ratio minime satisfacit, cum possit inficiatione tolli, quia licet actoris conditio fiat melior, adeoque jus ipsius perpetuetur litis contestatione, non tamen ideo jus ipsum fit po-

tentius, cum vires inde nihilo maiores consequatur, nec quicquam ei roboris vel accedat vel decedat. Ac si maxime potentio fieret, adhuc tamen dubitatio superesset, cur litis contestatione jus actoris potentius ac melior eius conditio fiat, cum quo ad alia, cũ quo ad impediendam moræ purgationem. Adde quod ex ea, cum generaliter & indistincte sibi locum vendicet, nõ minus quam ex præcedenti sequererur illud inconueniens, nunquam purgationi moræ post litem contestatam fore locum. Qua de caussa recte repudiauit eandẽ *Bologne. in d. l. si insul. n. 192.* Illud vero parum vel nihil a ratione Bartoli discrepat, quod Zasius ait *in d. l. si insul. n. 29.* lite contestata moram purgari nõ posse, quia frustrator duplici delicto grauatur, primò, quia est in mora negligẽtiæ, secundò, quia delictũ temeritatis incurrit, siquidem temerarius est, qui litigare maluit, quam soluere, *l. nemo, §. vlt. ff. de verb. oblig.* At refellitur isthæc assertio non ijs modo, quæ obstant Bartolo, sed insuper etiam eo, quia temeritas litigandi plus satis alias condemnatione ad expensas, alijsve pœnis peculiariter huic delicto præstitutis coercetur, *t. t. inst. de pœn. tem. litig.* vt propter idipsum facultate purgandi morã tanto cum præjudicio priuari nec possit nec debeat, *arg. l. rescriptum, ff. de his, quæ vt indig. aufer.*
74 Verã † est igitur eorum sententia, qui censent ea de caussa moræ purgationem impediri, quia sicut in stipulatione de re in eam deducta, ita judicio, dum lis contestatur, de re in judicium deducta obligatio contrahitur, *l. 3. §. idem scribit, ff. de pecul. l. ex judicatum, ibi, aut judicio astringi, ff. judic. solut.* qua sese tacite reus ad rem petitam, si quidem actori fuerit per sententiam adjudicata, præstandam astringit, vnde ipsam judicati veluti obligationem Marcellus & Vlpianus nuncupant *in d. l. 3. §. idem scribit, ff. de pecul.* indeq; tandẽ nascitur actio judicati re secundum actorem quandoq; judicata, *d. l. 3. § idem scribit*, per quam propter conditionis existentiam prior contractus nouatur, *l. vlt. vers. fieri n nouatur, C. de vsur. rei jud.* Qua re cum actori lite contestata per illum judicialem quasi contractũ quæsita, saltem sub conditione, fuerit huiusmodi obligatio, *l. si qui, C. de oblig. & act.* eiq; inuito aliud pro eo, quod hac noua obligatione continetur, solui nequeat, *l. 2. §. mutui, vers. nam in cæteris, ff. si cert. pet.* multo minus jus semel acquisitũ aduersarij facto possit adimi, *l. soluendo, ff. de neg. gest. l. jus nostrum, ff. de reg. jur.* in obligationibus autem faciendi in judicium veniat id quod interest, *l. si quis ab alio, in fi. ff. de re jud. l. stip. non diu. vers. Celsus, ff. de ver. obli.* conditionalem obligationem ad illud, siue jus jam certò creditori quæsitũ debitor alterius rei, puta, facti oblatione auferre siue tollere minime potest, *arg. l. vlt. ff. de pact. l. habere licere, ff. de euict.* Ita censuit *Ioa. de Imol. in d. l. si insul. n. 39. quem sequitur ibid. Alex. n. 29. ac præ cæteris Bologn. n. 103. & 191. Donell. n. 3. Donell. in l. si seruum, §. sequitur, n. 10. ff. de ver. obli.* Nec obstat *l. item veniunt, §. idem recte, ff. de pet. her.* vbi reus etiam post condemnationem noxæ dedendæ facultatem habere perhibetur. Noxali namq; conuentus actione cum sit ita condemnandus, vt aut noxæ debere, aut condemnationem sufferre habeat in sua potestate, *l. 2. C. de noxal. act. l. miles, §. decem, ff. de re judic. §. 1. inst. de offic. judic.* non simpliciter actori pecunia adjudicatur, sed vt aut hæc ei soluatur, aut seruus pro noxa detur, ac proinde nõ aliter ex judiciali quasi contractu reum actor obligatum habet, quam vt aut litis æstimationem soluat, aut noxæ dedat, *l. 1. ff. de noxal. act.* Cumque lex hanc actioni noxali naturam indiderit, vt pro litis æstimatione post condemnationem seruum dedere liceat, reus litem super ea contestando, non tam simpliciter ad id, quanti litem æstimauerit judex, quam secundum naturam actionis intentatæ sese astringere videtur ad soluendam litis æstimationem, aut seruum pro ea dedendum, *d. l. 1.* siquidem vnusquisq; contractus est intelligendus secun-

dum naturam rei, super qua interponitur, *l. cum quid, vbi Dd. ff. si cer. pet. l. quaro, §. inter, ff. loca. cum simil. alleg. per Nattam cons. 416. n. 3. lib. 2.* De † obligatione
75 dandi si quęratur, an etiam in ea moræ purgationi via per litis contestationem præcludatur, constare videtur inter omnes, ne quidem in ea moræ purgationi locum esse, quoties aliud, quam quod offertur, post moram factam deberi cœpit, atq; petitur. Est enim textus pro hac sententia manifestus *in l. 1. ff. de penu lega.* quæ tam diu saltem hæredi, qui penum dare cessauit, oblationem permittit, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur. Alius æque clarus *in l. si cum dies, §. vlt. ff. de recep. arb.* vbi pręterito modico tempore post latam de eo, quod alter alteri pręstare debet, sententiam, pœna statim peti potest, quam tamen frustratori licet euitare, si dederit ante acceptum judicium: vt proinde si post acceptum judicium demum obtulerit, nihil id ei prodesse queat. Concordat *l. cum fine, ff. quando dies legat. ced. cum sim.* Exigit hoc ipsum ratio in obligationibus faciendi modo ponderata, siquidem id, quo mora purgatur, ab eo, quod in judiciū venit, est plane diuersum: vnde cum per litis contestationē reus tacite sese ad idipsum quod petebatur, si fuerit actori adjudicatum, soluendum de nouo astrinxerit, nō potest amplius illius rei, quam ab initio præstare poterat ac debebat, oblatione sese liberare, *l. 2. §. mutui, vers. nam*
76 *in cæteris, ff. si cer. pet.* At † cum idipsum, quod petitur, offertur, interpretes in admittenda morę purgatione dissentiunt. Accursius enim *in l. interdum, §. vlt. ff. de ver. obl.* negat hoc casu moram emendari licere, motus *d. l. si insulam,* quæ in terminis plane diuersis procedit. Sequitur eum Raynerius de Forliu. per *l. sed et si alia, ff. de consti. pecu.* qui textus nihil minus, quam hanc sentētiā probat. Quid enim aliud illic Paulus ait, quam factum actoris accipere nolentis eidem nocere debere vsque ad litis contestationem. Vnde si maxime colligas à contrario sensu, post litis contestationem non ipsi nocere; sed reo per litis contestationē in mora constituto, nihil eo quidem verius, neutiquam tamen euiceris, moram à reo purgari nō posse: est enim regulare, vt frustratio debitoris soluere cessantis quocunq; modo inducta, nedū litis contestatione commissa frustratori noceat, *l. illud, ff. de peric. & com. rei ven. c. mora, de reg. jur. in 6.* sed eo vsq;, donec satisfactione aut oblatione sufficienti congruaq; mora purgetur, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. obl.* Amplectuntur tamē eandem sententiam ex recentiorib. *Ioa. Saporta de mora, c. 4. n. 119. & seqq.* nec non Donell. *in. d. §. sequitur, n. 11.* tribus potissimum fundamentis innixus: Primò, quia judicio accepto multa vltra rem deberi incipiunt, quæ sententia judicis tandem adjudicātur, nempe, fructus & omnis caussa, *l. cum fundum, ff. si cer. pet. l. 2. ff. de vsur.* sumtusq; litis. *l. eum quem temere, ff. de jud.* De his cum per oblationē petitæ rei minime satisfiat actori, nō potest ea reo prodesse ad moræ purgationē. Qua tamen ratione parum proficit, cum etiam post moram quæ litis contestationem antecedit, non rarò fructus & alię debeantur accessiones, nec tamen ideo moræ purgatio præpediatur: & contrarium tenentes admittant, solam rei petitæ oblationem non sufficere, cum post litis contestationem plura cœperunt accessorie deberi, proinde cumprimis requirant, vt moram purgaturus cum re principali debitum simul offerat accessoriū, *l. tutor, §. Lucius, ff. de vsur. l. acceptam, C. de vsur. Bar. & Dd. in l. qui sibi aut Titio, §. 1. ff. de solut.* Deinde ponderat *§. vlt. inst. de perpet. & temp. act.* vnde pateat, etsi omnia offerantur, quæ pręstanda sunt, reum tamen ipsum sibi hoc sumere nec posse nec debere, vt dicat, se obtulisse omnia quæ debuit, sed absolutoriam requiri sententiam judicis, cuius arbitrio satisfieri debeat. Atqui nihil minus asserit Imperator, quam satisfactionem arbitrio siue officio judicis mediante fieri debere, potius aperte pręsupponit, pręcessisse satisfactionē,

nec

nec quicquam aliud officio iudicis relinquit, quam absolutionem, quæ à satisfactione quam maxime discrepat. Nec ea de caussa requirit absolutionem, quod post litem contestatam satisfactio vel oblatio sufficiens ad liberandum vel subleuandum, à futuri temporis periculo reum non sufficiat, repugnat enim *tex. in pr. instit. quib. mod. toll. obli. l. qui decem, in pr. ff. de solut. cum simil.* sed propter iudicium, quod semel inchoatum nequaquam liberatione siue obligationis extinctione superueniente, nedum oblatione sufficienti finitur, *l. si in rem, 42. ff. de rei vend. l. tigni, §. si quis eum, l. si optione, ff. ad exhib. l. cum decem, 71. in fin. ff. de solut.* eoque sententiam iudicis porro desiderat absolutoriam, qua terminetur, *l. 1. ff. de re iud. & iur. pract.* Tertio mouetur: quia post litis contestationem iudici rerum omnium officium incumbit, quæcunque in iudicio versantur, *l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edict.* quo fieri censet, vt si neget actor, se quicquam sine iudice accipere, quod dicat, sibi à reo non satisfieri, eoque rem totam sententiæ iudicis permittat, nihil videatur in eo recusare sine caussa, sed ea potestate vti, quam iuris & æquitatis ratio illi concedat. Verum etsi verissimum sit, iudicem hoc omne, super quo partes in emendatione moræ conuenire nequeunt, officio suo dirimere posse, debereque, *l. si reo paratus, ff. de procur. l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. oblig.* non tamen id est idonea siue iusta caussa recusandi debitum oblatum, vt Donellus ipse rei veritate coactus agnoscit, dum præsupponit, actorem ideo sine iudice accipere nolle, quod sibi à reo satisfieri neget: Cui consequens est, si actor oblationem esse sufficientem minime diffiteatur, eum sine caussa recusaturum, ac proinde lite contestata moram purgatam iri. Neque vero iuris, quod litium diminutioni, celeri determinationi atque compositioni quam maxime studet, *l. properandum, & ibi not. per Dd. C. de iudic. l. quidam existimauerunt, ff. si cert. pet. c. finem litib. de dolo & cont. l. eliminato, C. de fruct. & lit. expens.* certe litigatorem temerarium auersatur, *l. eum quem temere, ff. de iudic. & in princ. inst. de pœna tem. litigan.* multo minus æquitatis, quæ moræ purgationem dictat esse admittendam, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* ratio tantum actori indulget, vt lite contestata possit impune recusare quicquam accipere sine iudice, sineque caussa prætendere, sibi non satisfieri oblatione, quantumvis sufficienti, nisi iudicis decretum interuenerit, siquidem malitijs hominum præsertim iudicio contendentium, non est indulgendum, *l. in fundo, ff. de rei vend.* Ac licet sæpius vsu veniat, vt actor non iniuste aduersus offerentem excipiat, sibi de damnis & expensis non satisfieri, cum frequenter eueniat, vt de ijs, an & quatenus resarciri debeant, minime liqueat, non tamen iuste, eoque nec impune recusat recipere debitum rei principalis oblatum à reo, quicquid vlterius ratione damnorum & expensarũ soluendum esse iudex pronunciauerit, æque soluere parato, cum etiamsi creditor principale debitum sine accessorio, si sit vtrumque liquidum, accipere minime teneatur, tamen vbi principale duntaxat est liquidum, id sine accessorio nondum liquido procul dubio teneatur accipere, si debitor verbotenus offerat, si quicquid insuper accessorie deberi inposterum constiterit, esse soluturum, *vt est in fortioribus terminis tex. in l. quidam, vbi not. per Dd. ff. si cert. pet. l. statuliber rationem, l. seruus si heredi, §. vlt. ff. de statulib. Ripa & per eum allegati in d. l. si insulam, num. 67. vbi Bolognet. num. 172. Salicet. in l. acceptam, num. 4. C. de vsur. Molin. de vsur. q. 82. numer. 619. & patet ex traditis per Anton. Negusant. de pignor. par. 5. princip. memb. 3. p. 2. num. 4. & 5. Corne. consil. 291. volum. 3. Hieronym. Gabriel. consil. 36. numer. 63. & 64.* Cæterum † Bartolus, vt sententiam Raynerij præceptoris, præsertim autoritate glossæ subnixam excusaret, censuit, 79

post litem contestatam ad moræ purgationem non sufficere simplicem oblationem, quantumvis ea sit realis, sed requiri solutionem sive satisfactionem, vel si recipere nolit actor, exigi cum oblatione consignationem atque depositionem, quæ vim solutionis obtineat, *l. obsignatione, C. de solut. l. acceptam, C. de usur. Quam Bartoli assertionem in l. interdum, §. ult. sequitur ibid. Angel. Castrens. nu. 2. Alexan. nu. 2. Ias. nu. 1. Zas. nu. 2. ff. de verb. oblig. Idem Bartol. in d. l. si insul. num. 12. ubi Alexan. num. 28. Ias. num. 24. Ripa num. 69. & 71.* communem *dicens. Zas. nu. 31. Bolognet. nu. 166. ubi ait, Bartol. Dd.* communiter *sequi, & numer. 173. & 74. Bald. in repet. l. etsi post tres, num. 26. ff. si quis caution. & in l. sed etsi alia, num. 2. ubi Castrens. num. 8. ff. de constit. pecun. Bald. in l. acceptam, nu. 54. C. de usur. Salic. in l. si pacto quo, num. 41. C. de pact. & in l. magnam, num. 15. C. de contrah. stipul. Negusant. d. memb. 3. p. 3. num. 2. vers. sed si mora.* Et pro confirmatione Bartolus adducit *tex. §. ult. inst. de perpet. & temp. act.* quo reum si satisfaciat ante rem judicatam, absolvendum pronunciat Imperator, proinde non satisfacientem non esse absolvendum contrario sensu innuit: non satisfacit autem, qui duntaxat offert, quia contentum non reddit creditorem, *l. stipulationum, §. satis acceptio, ff. de verb. oblig.* Sed si verbum satisfaciendi tantopere restringatur, ut volenti demum & consentienti, non invito satisfieri statuatur, pari ratione consequens fuerit, ne quidem obsignantem atq; deponentem absolvendum fore. Verius autem videtur, & invito, & accipere recusanti creditori satisfieri, ut liquet ex *l. promissor Stichi, §. ultim. ff. de constit. pecu.* præsertim cum sint paria, contentum esse re præstita, & ea debere contentum esse, *argum. l. si Titius, ff. de fidejuss.* Cui porro consequens, eum qui offert ante rem judicatam, etiamsi non obsignet, nec deponat, satisfacere censeri, cum peræque ut obsignans ac deponens id exhibeat, quo contentus esse debet creditor, & obsignatio atque depositio non satisfactionis, siquidem jam ante reus offerendo fecit ex parte sua, quicquid facere potuit, ut contentum redderet actorem, sed liberationis gratia fiat, *l. obsignatione, C. de solut.* negarique vix possit, eum qui satisfacturum se constituit, offerendo fidejussores aut pignora satisfacere, licet pignora nec obsignet nec deponat, *d. l. promissor Stichi, §. ultim. ff. de constit. pecun.* Demus tamen, illic satisfactionis verbo solutionem, vel obsignationem atque depositionem, quæ sint loco solutionis, duntaxat intelligi, certe non magis inde licebit inferre, offerentem non esse absolvendum, quam non inferri potest, reum exceptione peremtoria subnixum, vel actore non probante non esse absolvendum: Sunt enim præter solutionem & liberationem supervenientem plures caussæ, propter quas absolvi reus debet: harum una est, oblatio eius quod petitur, *l. interdum, §. ult. l. si servum, §. sequitur, ff. de verbor. obligat.* quæ tanto magis meretur absolutionem, cum producat exceptionem doli. *d. l. interdum, §. ult. l. qui decem, ff. de solut.* qua quisquis adversus actionem intentatam sese tuetur, proculdubio venit absolvendus, *c. t. ff. de except. dol.* Verum † instat præ 78
cœteris *Bolognet. in d. l. si insulam, num. 173. & 174.* purgationem esse debere durabilem, eoque requiri oblationem continuam cum mente solvendi debitum: esse vero continuam non posse, nisi fiat obsignatio & depositio, ut proinde sine his emendari mora post litis contestationem nequeat. Sed ut solutio momento propemodum expeditur, perpetuum tamen liberationis ab obligatione principali relinquit effectum, sic emendatio moræ, quantumvis momentanea solummodo fuerit, nihilominus perpetuum liberationis ab his, quæ propter moram futuro tempore continuatam præstanda forent, effectum producere potis est, ut cui-

vt euidenter ostendunt jura de purgatione moræ per oblationem agentia, præcipue *l. qui decem, ff. de solut.* Quod si moræ purgationem durabilem, & oblationem continuam esse oporteret, nonminus ante, quam post litis contestationem obsignatio atque depositio necessariæ forent, sine quibus tamen ante litis contestationem purgari moram, fatentur omnes, & agnoscit ipse Bolognet. qui prætendit, ea de caussa oblationem sufficere solam, quia creditore ante litem contestatam negante cum instantia velle acceptare, præsumitur mens continua soluendi: Sed cur non æque in offerente post litem contestatam præsumi debeat mens continua soluendi creditore negante, se quicquam sine judice sive ante rem judicatam accepturum, ratio reddi vix potest. contrarium potius ex eo liquet, quod voluntatem hominis durare, nec mutatam esse de jure præsumitur, *l. cum tacitum, l. cum qui, ff. de probat. l. jubemus, C. de testam. Afflic. decis. 308. nu. 11. Bolognet. l. non solum, §. morte, in materia protestationis, nu 36. ff. de noui oper. nunc.* Nisi forte quis ex eo, quia nonnunquam post oblationem vlterius cum actore litigat, mutationem voluntatis præsumendam existimet: quod tunc admiserim, cum ita litigat, vt oblatum antea, se debere neget, siquidem negans debitum præsumitur id soluere nolle, cum vix quisquam censeatur ita resupinus, vt facile suas pecunias jactet, & indebitas effundat, *l. cum de indebito, ff. de probat.* At si quod obtulit, deberi minime diffiteatur, saltem super debito residuo sive principali sive accessorio nondum liquido litiget, nihil minus quam mutata solvendi voluntas præsumi potest, cum istiusmodi continuatio semel inchoatæ litis nullatenus aduersetur, aut repugnet oblationi, proinde nec illius effectum tollere vel inhibere possit, *arg. l. sed et si alia, ff. de constit. pecu.* Id quod multo magis obtinet, cum reus post oblationem hactenus inficiatione sua debitum oblatum reuocat in dubium, vt tamen illud etiamnum soluere sese paratũ verbotenus ostendat, aut aduersus actorem vlterius contendentem sese propter oblationem tueatur exceptione doli, siquidem hac ipsa defensione tacite simul ostendit, etiamnum sese paratum esse præstare, quod obtulit antea, *l. fidejussor euictionis, ff. de euict.* Addit *Bart. in d. l. interdum, §. vlt. ff. de verb. oblig.* loco solutionis aut extrajudicialis oblationis, obsignationis atq; dispositionis sufficere oblationem in judicio factam, quippe quæ tantum valeat, quantum oblatio & obsignatio extra judicium facta, *per l. si rem alienam, §. vlt. ff. de pignor. act. quam censet notabilem Matthesil. not. 27. Sequitur Salic. in l. si pacto quo, n. 41. C. de pact. Ripa in d. l. si insul. n. 70. Negusan. de pignor. par. 5. prin. memb. 3. p. 3. n. 2. vers. sed si Natt. cons. 631. n. 2. tom. 3.* Sed cum Bart. ipse *in l. si debitor, ff. de solut.* hoc restringat ad liberationem pignorum, & oblationem judicialem vim solutionis habere neget, illius de oblatione judiciali sententiam *in d. l. interdum, §. vlt.* repudiant *ibid. Castr. Alex. n. 4. Ias. num. 1. Bolognet. in d. l. si insul. n. 174.* Ego † au- 79
tem veriorem arbitror eorum sententiam, qui casu nostro eius quod petitur oblatione sola quantumvis extrajudiciali moram purgari statuunt, *vt contra gl. sensit Pet. & Cyn. in l. magnam, C. de contrah. stip. & omnes Dd. ante Bart. excepto Roynerio prout testatur Bart. ipse in d. l. interdum, §. vlt. quos in hoc recte sequuntur Raph. Cum. in d. l. interdum, §. vlt. Joan. de Imol. in d. l. si insul. n. 39. vbi Lud. Rom. Cuiac. vers. at si lite, & Ruin.* Confirmatur ea primò *per l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. semel mora, ff. solut. matrim. l. interdum, §. vlt. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. l. qui decem, ff. de solut. cum simil.* quibus generaliter & indistincte perhibetur, offerendo moram purgari, nec distinguitur, ante litem contestatam offeratur, an postea. Par est igitur, vt eædẽ generaliter accipiantur, nec ad tempus ante litis contestationem, quod absque diui-

natione tot in legibus fieri vix posset, restringantur, *l. metum, §. animadvertendum, ff. quod met. causs. l. 1. §. generaliter, ff. de leges. praesta. cum concor.* Secundò, quia non modo lege nulla disponitur, post litis contestationem, eius quod petitur oblatione moram purgari non posse, sed & ratio, propter quam lite contestata, cum aliud petitur, aliud offertur, mora purgari nequit, casu nostro cessat, adeoque contrarium obtinere debere satis evidenter ostendi: Cum enim idipsum, quod ex pristina obligatione petitur, sive in judicium deducitur, ac proinde noua quoque obligatione judiciali continetur, offeratur, actori invito aliud pro alio neutiquam soluitur, eoque nec justam ille caussam habet non accipiendi debitum oblatum, & consequenter impediendi morae purgationem. *l. sed etsi alia, ff. de constit. pecun. l. qui decem, ff. de solut.* Quod si quis objiciat, obligationem judicialem continere diem incertum, sive conditionem, si fuerit actori adjudicatum, ac debitum huiusmodi solvi non posse prius quam conditio sive dies incertus extiterit, *l. stipul. ista, §. inter incertam, ff. de verb. oblig.* nihil id obstabit, si obseruemus, ideo debitum illiusmodi solvi ante conditionem existentem non posse, quia nondum vere debetur, *§. ex conditionali, inst. de verb. oblig. l. cedere, ff. de verb. signif. & notant Dd. in d. §. inter incertam, Donell. in l. eum qui Calend. §. vlt. num. 56. ff. de verb. oblig.* Quod autem lite contestata morae purgandae gratia reus offert, & si nondum ex judiciali quasi contractu vere debere videatur, quia nondum secundum actorem fuit pronunciatum, qua demum conditione existente nascitur judicati veluti obligatio, *l. 3. §. idem scribit, ff. de pecul. l. vltim. vers. si enim nouatur, C. de vsur. rei judic.* ex pristina tamen obligatione, quae superveniente judiciali quasi contractu nondum nouata sive sublata fuit, reuera debet, ac proinde oblatione moram non quidem in obligatione sub conditione judicio contracta, quippe nondum nata propter conditionem adhuc pendentem, sed in pristina demum obligatione commissam, non immerito purgat, ita quidem, vt sive acceperit oblatum actor, vel eo non accipiente reus obsignarit atque deposuerit, obligatione pristina liberetur, *l. acceptam, C. de vsur. l. obsignatione, C. de solut.* sive illo accipere nolente reus oblatum retinuerit, pristina quidem adhuc obligatione teneatur, quamdiu tamen in voluntate solvendi per oblationem semel demonstrata perseuerat, non magis actori condemnari possit, quam tum, quando soluit, aut obsignatũ deposuit, *l. sed etsi alia, ff. de constit. pecn.* Iudicialis autem quasi contractus, quia remanet vtrobique, subsequitur tandem sententia judicis absolutoria, per quam cum deficiat conditio, perinde euanescit ille, ac si nunquam fuisset initus, *l. pecuniam, ff. si cert. pet.* Nec oberit, si dicatur, haberi debere conditionem pro existente, quia per reum, cuius interest eam non existere, fiat, quo minus existat, *l. in executione, §. vlt. ff. de verb. obligat. cum simil.* Id enim verum, nisi natura conditionis eiusmodi sit, vt impediri jure possit ab eo, cuius interest eam non existere, nempe quia tacite videtur actum, vt huiusmodi quid, legitima quapiam ratione sive modo liceret, *gl. in d. l. in executione, §. vlt. vbi Bart. & Dd. ac prae caeteris Donell. num. 6. gl. in l. in jure ciuili, vbi Dec. nu. 6. ff. de reg. jur.* Talis est illa, de qua loquimur, conditio, si fuerit secundum actorem pronunciatum: ideo namq; nõ pure, sed hac sub conditione judicio contrahitur, vt interim reo liceat, quocunq; modo legitime possit, efficere, ne secundum actorem pronuncietur: Fit hoc, cum defendendo, *t. t. ff. de judic. solu.* soluendoque, *§. vlt. inst. de perpet. ac temp. act.* tum etiam offerendo quod petitur, cum actor, cui nihil isthac oblatione de jure suo minuitur, sive decedit, improbe faciat, qui sine sententia judicis nolit

accipere, quod petit, *l. quidam, ff. si cert. pet.* Nam si aliud, quam quod petitur, offeratur. justam recusandi caussam habet, siquidem inuitus vnius pro alio solutionem admittere, quæsitumq; jus quoad obligationem petitæ rei soluendæ propediem suborituram remittere minime tenetur, *l. 2. §. 1. vers. nam in cæteris, ff. si cer. pet. l. vlt. ff. de pact.* Tertio: Cum moram fecisse reus videatur, qui litigare maluerit, quam soluere, *l. nemo, §. si post, ff. de verb. obl.* æque vel magis actor moram committere videtur, qui litigare mauult, quam oblatum accipere, *arg. d. §. si post.* siquidem non modo non debet esse melioris conditionis actor, quam reus, nec illi quicquã licere, quod huic non est permissum, *c. non licet actori, ubi Dd. de reg. jur. in 6. l. non debet actori, ubi Dec. maxime nu. 5. ff. de reg. jur.* Sed & rei caussa est longe fauorabilior, quam actoris, *l. fauorabil ores, ff. de reg. jur. c. cum sint, d. t. in 6.* Non est autem dubium, quin superuenientе creditoris mora purgetur mora debitoris anterior, *l. illud, ff. de peri. & com. rei vend.* Quartò per *§. vlt. instit. de perpet. & temp. action.* quo cum reum absolui debere dicatur, si actori satisfaciat ante rem judicatam, liquido pater, post litem contestatam satisfactione reum periculo futuri temporis liberari. Atqui satisfieri videtur actori tum eo, quo contentus est, *l. 1. ff. qui satisd. cog. l. 5. §. satis acceptio, ff. de verb. obl.* tum etiam eo, quo contentus esse debet, licet accipere detrectet, *l. promissor Stichi, §. vlt. ff. de constit. pecun. arg. l. si Titius, ff. de fideiussor. cum simil.* nec dubium, quin eo, quod sufficienter & rite oblatum præsupponimus, contentus esse debeat, *l. semel mora, ff. solu. matr. cum concor.* Igitur à periculo futuri temporis oblatione post litem contestatã facta reus liberatur. Quinto: Certi juris est, idipsum, in quo creditor accipiendo moram facit, pro soluto esse oportere, non quidem quoad liberationem ab obligatione ipso jure consequendam, *l. sed si postea, ff. de recep. arb. l. illud, ff. de peric. & com. rei ven. l. tutor pro pupillo, §. vlt. ff. de comtut.* attamen quoad moram offerentis extinguendam, vitandumq; futuri tẽporis periculum. *l. qui decem, in pr. ff. de solu.* & quoties jure aliquid habetur pro soluto, Bart. ipsemet *in d. l. interdũ, §. vlt.* quiq; sequuntur eum, agnoscunt reum esse absoluendum, *l. cum decem, §. vlt. ff. de sol.* Quoties autem creditor debitum á reo post litem contestatam rite oblatum, licet extra judicium, sine justa caussa recusat accipere proculdubio moram in eo accipiendo facere dignoscitur. *l. sed etsi alia, ff. de const. pec. d. l. qui decem, in pr.* Itaq; debitum oblatum oportebit esse pro soluto, quo ad extinguendam rei conuenti morã, eundemq; periculo futuri temporis liberandum. Sexto: Ex oblatione quãtumvis extraiudiciali factaq; post litem contestatam, reo quæritur exceptio doli tam diu competens, quã diu perseuerat in voluntate soluendi, *d. l. sed etsi alia,* quę licet ad oblationem ante judicium factam citra diuinationẽ restringi posse videatur, tamen aliæ leges idipsum generaliter asstruunt, *vt est tex. in d. l. interdum, §. vltim. & in l. fideiussor cautionis, ubi nominatim fit agentis mentio, ff. de except. dol.* suadetque manifesta juris ratio, quia competit hæc exceptio non alia de caussa, quam quod creditor dolose facit, petendo, quod debitor obtulit vltro, quodque cum petitori libuerit accipere, protinus præstare paratus est, *l. 2. §. circa primam, vers. etsi cum, ff. de excep. dol.* Quamuis igitur tunc temporis, cum litem contestaretur, nihil dolo fecerit petitor, quippe justa petendi caussa subsistente, tamẽ ubi postea reus pœnitentia ductus offert vltro, desinit actor vlterius idoneam habere caussã prosequendi atq; continuandi litem semel inchoatam, adeoq; dolo facit, qui petere perseuerat, vt proinde tunc non minus aduersus eum competere debeat exceptio doli, quam si lite nondum contestata fuisset oblatum, *d. l. 2. §. circa, & §. & generaliter.* Cui vero exceptio doli propter oblationem lite dudum

contestata factam competit, is ea sese, modo perseueret in voluntate soluendi, semper tueri, agentem submouere, condemnationem effugere potest, *§. appellantur, inst. de except.* & consequenter moram purgauit, *d. l. interdum, §. vlt.* Septimo: Obsignatio & depositio non est necessaria, nisi ad effectum consequendi liberationem ipso iure, *l. acceptam, C. de vsur. l. obsignatione, vbi Donell. n. 11. C. de solut. Carol. Molin. de vsur. q. 40. n. 311.* Offerens autem post litem contestatam, non id agit, vt ipso iure liberetur, sed ne de æstimatione quanti plurimi pro futuro tempore teneatur, & vt id genus alia deinceps vitet incommoda: quã ad rem sola realis oblatio regulariter sufficit, *l. illud, ff. de peric. & com. rei ven. l. semel mora, ff. solu. matri. l. huiusmodi, §. sicui homo, ff. de lega. 1.* Perperam igitur Bartolus & ipsius asseclæ post litem contestatam vltra oblationem requirunt etiam obsignationem atq; depositionem ad effectum vitandi periculum futuri temporis. Deniq; si effectum consequendi liberationem excipias, videntur esse paria, reum post litem contestatam soluere, vel per actorem fieri, quo minus ei soluatur, *l. in iure ciuili, ff. de condic. & dem. l. in iure ciuili, ff. de regu. iur. c. cum stat, de regu. iur. in 6. cũ sim.* Atqui soluens post litem contestatam extinguit moram, & à periculo futuri temporis est immunis, *§. vlt. inst. de perpet. & temp. act.* Quocirca tum quoq;, cum per actorem stat, quo minus oblatum post litem contestatam accipiat, reus oblatione licet post litis contestationem facta moram extinguet, nec vlterius periculo subiacebit. Cœterum

20 † quia plerumq; solet vsuvenire, vt ante rem iudicatam vix constet, an vel quantum actori, vltra rem principaliter debitam pro resartione damnorum, litis expensis, & id genus aliis accessionibus præstandum sit, est quidem ea res tunc impedimento, ne possit realiter id omne offerri, quicquid actori præstandum venit, nec tamen obstat, quo minus etiam tali casu, dummodo verbotenus offeratur, quod realiter offerri nequit, sententiæ modo comprobatæ locus esse possit, vt censuere Dd. antea relati, vt evincunt adductæ rationes, vltra quas cum primis etiam ponderari potest *d. l. fideiussor euictionis, ff. de excep. dol.* vbi reus nec euictum prædium, nec æstimationem damnorum realiter offerre potuit, non illud, quia immobile, nec hanc, quia nondum liquida quãtitas eius erat, verbotenus duntaxat vtrumq; obtulit ostendendo, sese paratum præstare, prædium quidem, simul atq; actori libuerit illud animo appræhendendi possessionem accedere, æstimationem vero damnorum, quam primum à iudice determinata fuerit: Nihilominus agentem ex caussa iudicati submouere potest exceptione doli perinde ac si realiter vtrumq; obtulisset. Accedit, quod sufficiat oblatio debiti principalis sine accessorio nondum liquido, vt creditor illud solum accipere teneatur, si debitor verbotenus offerat, accessorium quoq;, simul atq; liquebit, solutum iri, *l. quidam, ff. si cer. pet. l. statuliber rationem, l. seruus si heredi, §. vlt. ff. de statulib. Salic. in l. acceptam, nu. 4. C. de vsur. Alex. in l. 4. §. ait prætor, n. 2. ff. de re iud. & alij paulo ante relati.* Quo fit, vt creditor, cui post litis contestationem fit huiusmodi oblatio, destituatur iusta caussa non accipiendi, ac proinde nequeat impedire, quo minus alter in mora esse desinat, *l. qui decem, in pr. ff. de solut.* Præterea nisi tali casu reali oblatione solius debiti principalis mora purgari, reusque periculo liberari posset, sequeretur, eum vel inuitum continuare moram tum quoque, cum per eum non stat, quo minus soluatur, sed per actorem accipere nolentem prætextu deficientis accessorij, quod reus adhuc, incertus, an vel quantum debeatur, offerre realiter, etiamsi vellet, non potuit: Consequens autem & æquitati repugnare, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verbor. obli.* & absurdum esse videtur, cum

cum sine culpa mora viribus haud subsistar, *l. cum quidam, §. si pupillo, l. sciendum, ff. de vsur. cum simil.* tantumque abstit, quenquam per occasionem iuris ciuilis cogi perseuerare in delicto, cui mora quodammodo subesse videtur, vt nihil æque lex cum diuina, tum humana, quam perseuerantiam in delinquendo abhorreat, *l. capitalium, §. solent, ff. de pœn. l. nemo, 3. sub fin. C. de episc. aud.* Ab-
81 surdum igitur antecedens, vnde sequitur. Porro † ex prædictis etiam decisio patet moræ per interpretes disceptationis *in d. l. si insulam,* vtrum mora in ipsa litis contestatione vel postea commissa, quam alia non præcessit, purgari possit? Etenim in obligationibus faciendi, si quidem supponatur, factum ipsum esse judicio petitum, ad quod agi posse plures interpretum censent *in l. stipulationes non diuid. ff. de verbor. oblig.* nec ante litem super eo contestatam reum in mora fuisse, *id quod præ cæteris expresse tradidit Bart. in d. l. stipul. non diuid. num. 40. vers. ego sustineo, ff. de verbor. oblig.* non erit ambigendum, quia mora in litis contestatione demum vel postea commissa purgari possit faciendo quod petitur, etsi quid vltra factum interest, offerendo, ac tenent communiter *Dd. in d. l. si insul.* At si de purgatione moræ quoad euitandum interesse principaliter judicio petitum quæratur, euenire vix potest, vt mora litis contestationem non præcesserit, cum in faciendi obligationibus id quod interest, prout etiam in obligationibus dandi ita conceptis, vt nisi relictum siue promissum detur, aliud præstari debeat, quale est legatum penus, *l. 1. ff. de penu leg.*: alterum illud peti non ante posset, quam si non fuerit factum siue datum, quod fieri siue dari debuit, *d. l. 1. l. si penum, ff. quando dies legat. ced. l. si quis ab alio, in fin. ff. de re judic. l. si ita stipulatus sim, l. stipul. non diuid. versicul. Celsus, & §. vltim. l. existimo, in fin. l. ita stipulatus, ff. de verbor. oblig.* Proinde agitata per interpretes quæstio de purgatione moræ in litis contestatione vel postea commissæ, quam alia non præcesserit, huc parum quadrat: Quamvis interim non inficias eamus, etiam in huiusmodi obligationibus, super interesse vel eo, quod propter omissam alterius rei præstationem petitur, moram eo ipso committi, dum temere super hoc reus litigare, quam quod petitur, soluere mauult, *l. nemo, §. si post, de ver. obl. Cast. in d. l. si ins. n. 4. vbi Alex. nu. 29. Ias. n. 26. Ripa. n. 76. Bolog. n. 100.* & hanc, quominus ante rem judicatam offerendo idipsum quod petitur, purgare possit, secundum ea, quæ modo luculenter ostensa fuerunt, nihil impedit mora litis contestationem præcedens, quippe super alia re seu facto commissa, parumq; vel nihil cum posteriore in judicio facta commune habens: & hoc ipsum præ cæteris nominatim asseruit *Bolog. in d. l. si insulam, n. 198. ac sensere Dd.* communiter *ibid. teste Ripa n. 78.* cum Bartolo statuentes, moram in ipsa litis contestatione vel postea contractam vsque ad sententiam purgari posse. Bartolus † tamen 82
in d. l. si ins. n. 16. vt ostenderet, etiam super alio, quã quod judicio petitur, quãdoq; post litis contestationem demũ committi moram, quæ possit ad sententiã vsq; purgari, exemplum affert ex *l. sine apud acta, C. de transac.* vbi supponit, litem super vendicatione rerũ fuisse contestatam, postea transactũ, vt res petitas reus aliquo vicissim dato retineret: hic cum interpellatus non solueret, quod ex caussa transactionis dari debebat, Imperatores mulieri, quæ litem instituerat adhuc pendentem, rescribunt, vt eandem prosequens, reo pacti exceptionem opponente doli mali vel in factum replicatione vtatur, eaque ratione aduersarium ad obsequium placitorum vrgeat. Vnde patet, reo super eo quod ex caussa transactionis dare debuit, moram post litis contestationem cõmittenti licitum esse, eandem purgare, neutiquam ad rerum petitarum restitutionem condemnetur.

Verum

Verum præterquam quod hoc exemplum ab obligationibus faciendi, & similibus quam maxime discrepat, etiam id in quo cardo totius negotij vertitur, nempe moræ post litis contestationem commissio, deficere videtur, cum ex pacto transactionis interpositæ stipulatione minime confirmato nasci non potuerit actio, *d. l. siue apud*, & ubi nulla petitio, ibi nec mora contrahi potest, *l. si pupillus, ff. de verb. obl*, vt moram hoc casu commissam esse, non immeritò negarit *Fulgos. in d. l. siue apud, vbi Bald. nu. 11. Salic.*
83 *n. 4. Alex. n. 3. Ias. n. 11.* Negari † tamen haud potest, quoties post litis contestationem superuenit reo jus præstandi quid aliud pro eo, quod petitur, etjamsi præstationem eius distulerit interpellatus, nihilominus eum facultatem idipsum præstandi retinere vsque ad sententiam, vt rectè sentit *Bartol. in d. l. si insulam, n. 16. ubi Ang. lo. de Im. n. 39. Alex. n. 29. Ias. nu. 27. Zas. num. 32. Bolo. n. 198. ff. de verb. obl. Bart. in l. si maior, nu. 1. 2. & 4. Ang. Francisc. Aret. nu. 1. Alexand. n. 3. Ias. nu. 3. dicens* communem, *C. de transact. Bald. in l. 1. n. 52. C. de his quæ pa. nom. Idem in l. siue apud acta, num. 11. Salic. n. 19. Cast. nu. 9. Ias. num. 11. C. de transac. Salic. in l. si pacto quo, num. 42. C. de pact. in l. magnam, n. 16. C. de contr. stipul. Natta cons. 133. nu. 2. to. 1.* cum per *d. l. siue apud, & arg. l. peremtorias, C. sententiam rescindi non posse*, quandoquidem huiusmodi jus tribuere solet exceptionem peremtoriam, *l. 3. ff. de excep. c. 1. de lit. cont. in 6.* quam vsq; ad sententiam opponere licet, *d. l. peremtorias*: tum etiam quia ratio, propter quam aliud, quã quod petitur, post litem contestatam non offerre licet, isto casu plane cessat, eoque nihil impedit, quo minus facultas aliud pro alio soluendi lite contestata superueniens duret vsq; ad sententiam, quæ cum semel in rem judicatam transiit, neutiquam prætextu juris offerendi nondum vsurpati euitari vel eneruari. *d. l. peremtorias, & l. 1. C. sent. rescin. non posse*, nec aliud pro eo, quod fuit adiudicatum, acto-ri inuito solui potest, *l. 2. §. 1. ff. si cert. pet.* Non † quidem defuerunt, qui 84
facultatem offerendi aliud pro eo quod petitur, tali casu non nisi vsque ad actum litis institutæ primo subsequentem durare contenderent, *Iac. de Rauen. Petr. & Cyn. in d. l. siue apud, Fulgos. in d. l. si maior, vbi Castr. nume. 3. Lud. Rom. in d. l. si insul.* eum, quoties ea, quæ regulariter ante litem contestatam fieri debent, ex caussa etiam post litem contestatam fieri permittuntur, non nisi vsque ad actum judiciarij processus primo subsequentem permissa credantur, *secundum Bart. in l. Pomponius, §. rati, in princ. ff. de procur. Panor. in c. insinuante, nu. 9. per tex. ibid. de offic. deleg. cum similibus allegatis per Alexan. in d. l. si insul. nu. 29.* Sed ab his alij paulo ante relati recedentes non incommode respondent, doctrinam *Bartoli & Panorm.* procedere & intelligi debere in exceptionibus dilatorijs, non etiam in peremtoriis, quales jus offerendi aliud pro eo quod petitur, comitari solent, quas per actum judicij, postquam jus prædictum superuenit, primo subsequentem non excludi, sed vsque ad sententiam vsurpari posse constat ex *d. l. peremtorias, Alex. in d. l. si insul. nu. 29. ubi Ias. n. 27. Ripa. nu. 78. Bolog. 194.* Aliud exemplum † adducitur ex *l. cum* 85
quærebatur, vers. proinde, ff. judic. sol. vbi stipulatio ob rem non defensam non prius creditur commissa, nisi ex stipulatione lis fuerit contestata: quo fit, vt mora in ipsa demum litis contestatione commissa postea suscipiendo defensionem promissam purgari possit, *l. 3. §. vlt. cum l. seq. ff. judic. solu.* Sed hoc longe minus huc quadrare videtur, cum ex *d. vers. proinde*, si diligentius expendatur, liquido pateat, reum in mora fuisse ante litem ex stipulatione contestatam. Non enim ex illa stipulatione agi potest ad interesse vel pœnam, multo minus lis contestari super hac aut illo potest, nisi prius in mora promissor fuerit, siue per eum steterit, quo minus defenderet, *l. si ita stipulatus sim, l. stipul. non da-*

non diuid. §. *ultim. l. interdum, verf. item si operas, l. existimo, in fin. l. cum stipulatus sim,* §. *vltim. l. ita stipulatus, ff. de verbor. obligation.* quandoquidem non nisi sub conditione, si res non defendatur, pœna vel interesse debetur, sicut euenit in omnibus faciendi obligationibus, *l. si quis ab alio, in fin. ff. de re jud. l. stipulat. non diuid. versicul. Celsus, ff. de verbor. obligati.* & conditione nondum existente, quod sub ea debetur, peti neutiquam potest, *l. cedere, ff. de verb. signif.* Sed & Iureconsultus ipse nominatim in textu præsupponit, ante litem ex stipulatione contestatam rem non fuisse defensam, id quod fieri non alia ratione potuit, quam cum actore instante, litemque super caussa principali semel motam prosequente reus conuentus nec per se, nec per alios caussæ defensionem suscepit, suæq; promissioni contraueniendo moram judicio fecit: qua de caussa recte sensit *glos. in d. versicul. proinde*, dum in stipulatione de re defendenda non minus quam in aliis faciendi obligationibus censet moram ante litem super interesse vel pœna contestatam fieri, qua stipulatio rei veritate attenta committatur, *quam sequitur ibid. Bart. nume. 2. Castren. not. Bolognet. in d. l. si insul. num. 177. ac præ cæteris luculenter ostendit hoc ipsum Donell. in l. si Titius, nume. 10. & 11. ff. de verbor. obligation.* Hinc Vlpianus ipse *in d. vers. proinde*, non simpliciter ad tempus litis contestatæ commissionem stipulationis retulit, sed vsus est verbo *creatur*, vt innueret, tum demum intelligi commissam stipulationem, quia tempore litis contestatæ commissio debitum sortitur effectum, fit præcisa & immutabilis, cum è diuerso ante litem contestatam, etsi negari non posit, illico post moram vere stipulationem committi, benigna tamen juris interpretatione sit receptum, vt promissor offerendo factum lite nondum contestata actionem ad pœnam vel interesse competentem euitare queat, *Donell. in d. l. si Titius, numer. 10. & in d. l. si insulam, num. 3. Anton. Fab. lib. 6. coniectur. c. 7.* Quod autem post litem cum vno ex fideiussoribus contestatam ex clausula ob rem non defensam, ipse reus potest suscipere caussæ principalis defensionem, *d. l. 3.* §. *vlt.* mirum videri non potest aduertenti, reum illic offerre defensionem ante litem secum ex stipulatione ob rem non defensam contestatam; eoque nec immerito moram procrastinata tam diu caussæ principalis defensione commissam, etiamnum defendendo purgare posse. Nec ei quicquam præjudicare potest, quod cum ipsius fideiussore super pœna vel eo quod interest, lis est contestata, siquidē hoc inter alios actum est, quod in eius caussa perinde haberi debet, ac si omnino non actum esset, ne contra juris regulam res inter alios acta alij noceat, *toto titulo C. res inter alios act.* Fideiussor autem etsi litis contestatione sese tacite videatur astrinxisse ad soluendam pœnam vel interesse petitum, si fuerit adiudicatum, *l. 3.* §. *idem scribit, ff. de pecul. juncta l. vltim. versicul. si autem nouatur, C. de vsur. rei judicat.* reo tamen in judicio principali postea sese defendente propterea venit absoluendus, quia reus præstatione facti promissi non sese tantum, sed & accesiones, puta, fideiussores, liberat ab obligatione pœnæ vel eius quod interest, *l. in omnibus, ff. de solution.* & consequenter impedit, nè conditio, si fuerit actori adiudicatum, sub qua tacite per litis contestationem judicialis obligatio contracta, priorque necessario nouata fuit, *l. aliam, ff. de nouat.* existere possit, eoq; pariter etiam deficiat obligatio, nec vllum necessaria nouatio sortiatur effectum, §. *quod autem, inst. quib. mo. toll. obl.* sed perinde sit, ac si nulla interuenisset, *l. pecun. ff. si cer. pet.* Sensit hoc *Raph. Cum. in d. l. si insul. ubi Ias. n. 25. Duaren. Cui. & Bolo. n. 176. Don. in l. si seruum,* §. *sequitur, n. 13. ff. de verbor. obliga.* Tertium proponit exemplum

Iasi.

Iaf. in d. l. si insul. num. 27. de eo, qui pure quidpiam sub pœna debet, nec ante iudicium fuit interpellatus. Sed cum stipulatio pœnalis non ante cõmittatur, quam per reum steterit, *l. traiectitia, ff. de obl. & action. l. ita stipulatus, & ibi not. per Dd. ff. de verb. oblig. cum simil.* manifesti iuris est, pœnam peti non posse, reo nondum interpellato, nec in mora constituto. Promissum autem sub pœna si maxime iudicio peti possit á reo nondum interpellato, mora quidem in litis contestatione vel postea, quando iustam litigandi caussam habere desinet, committitur, non tamen super pœna, quippe neutiquam petita, sed super eõ saltem, quod sub pœna debebatur & petebatur, cuius præstatione moram purgari posse, certo certius est, quandoquidem actor iudiciali petitione nihil æque flagitat, quàm præstationem eius, quod in iudicium
86 deduxit. Quo † fit, vt etiam in simplicibus dandi obligationibus, cum idipsum, super quo mora committitur, petatur, vix quisquam dubitet, moram in ipsa demum litis contestatione vel postea commissam purgari damnumq; futuri temporis evitari posse: *ita namq; tenent* Dd. communiter *in d. l. si insul. vt ibid. post alios Ripa testatur n. 78. & Bolog. n. 194. & 198.* satisq; probatur ex prædictis, quæ cum sibi locum vendicent, quando mora multoties est commissa, tanto fortius hic obtinebunt, vbi & mora semel duntaxat est contracta, & iniquum foret, idem tempus esse pariter initium moræ, finisque purgationis, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. obl.* Quæ-
87 ritur † item de instantia secunda siue appellationis caussa, vtrum in ea moræ purgationi sit locus? Affirmat *gl. in l. 1. in pr. ver. agitur; ubi Bald. nu. 14. ff. de act. emt. Lud. Rom. sing. 55. nunquid mora:* Negat autem *Angel. in d. l. si insulam, ubi Ioan. de Imo. num. 40. Iaf. n. 40. Ripa n. 16. Castr. in d. l. 1. nu. 9. Lortot. in apostb. 1. de mora, axio. 34. & in lib. de mora, §. secunda reg. Ioan. Saporta de mora, c. 4. nume. 124.* communemque dicit *Bolog. in d. l. si insul. n. 78.* Sed cum de tempore secundæ instantiæ sit idem iudicandum, quod de tempore litem contestatam sequente in prima instantia, siquidem appellatio suspendit sententiam, *l. præcipimus, v. nec si appellatio, C. de appell.* & caussam reducit ad eum statum, quo fuit post litem contestatam, non ad eum, in quo fuit ante acceptum iudicium, *l. ita demum, vbi Dd. C. de procur. l. qui à latronib. in fi. ff. de testam.* consequens est, vt casu, quo per litis contestationem purgationi moræ via præcluditur, puta, cum ex obligatione faciendi vel simili actum fuit ad interesse vel pœnam, purgationi moræ tam nequeat esse locus in secunda instantia, quam in priore post litis contestationem locum non habere potuit, *d. l. si insul. cum simil.* & suadet ratio, propter quam lite contestata moræ per alterius, quam quæ petita fuit, rei oblationem purgatio non admittitur, non minus in tempore secundæ, quam prioris instantiæ procedens, imo magis, ne qui diutius actorem frustratus est, & à iudice condemnatus, sit melioris conditionis eo, qui sententiam nondum reportauit contrariam quemue suæ frustrationis citius pœnituit: ita procedit sententia negatiua, prout etiam in hisce terminis loqui videntur, qui eam amplectuntur, ac notat præ cæteris *Bart. in d. l. 1. nu. 14. Bolog. in d. l. si insul. num. 78.* Quocunq; vero casu post litis contestationem purgationi moræ locus est, puta, cum idipsum, quod petitur, offertur, eidem sit omnimodo locus etiam in appellationis caussa, cum per sententiam quoad omnem effectum suspensam purgandi facultas neutiquam fuerit adempta, & huiusce rei vis tota consistat in eo, num litis contestatio moræ purgationem excludat, constet autem hanc per illam tali casu neutiquam impediri: vt proinde in eo affirmatiua sententia sustinenda veniat, *Bart. & Bolog. loc. rel.*

Limitat. 4. Quando facultati purgandi moram fuit renunciatum, 88
fru-

frustratoreamnec vsurpare, nec oblatione mediante sese periculo futuri temporis liberare potest, *vt tradit Angel. in d. l. si insulam, vbi Ioan. de Imol. num. 12. Lud. Roman. Alexan. nu. 23. Ripa num. 117. Crotus num. 57. Niger, & Bolognet. num. 163. & 262. ff. de verb. oblig. Bald. in l. & si post tres, in add. num. 4. ff. si quis caut. & in l. si pacto quo, num. 13. vbi Salic. at. num. 16. C. de pact. Salic. in l. magnam, num. 4. C. de contrah. stipul. Afflict. decis. 174. num. 4. Loriot. in libello de mora, §. sed vsq; vers. octauo. Decius consil. 452. num. 19. Decian. consil. 84. num. 48. vol. 2.* Probatur, eum per *l. sancimus, §. sed si quidem, C. de fidejussor.* vbi promittenti aliquem judicio sisti, nec tamen eum ad præfinitum tempus repræsentanti licet reum, pro quo conuenitur, defendere, eaque ratione moram purgare, nihilominus hanc facultatem renunciatione ademtam iri, profitetur ibidem Imperator; Tum, quia superius ostensum, non alia de caussa per litis contestationem impediri moræ purgationem, quam quia reus acceptione judicij contrahendo obligationem de præstando eo, quod fuerit adjudicatum, facultati alud solvendi seu faciendi hucvsque competenti renunciat, eamque tacite remittit. Quare si renunciationis per litis contestationem tacite factæ tanta vis est ad inhibendam moræ purgationem, vtique vel maiorem, vel certe non minorem expressæ renunciationis vim ad cohibendam purgandi facultatem esse oportebit, siquidem expressa renunciatio plus valere solet, quam tacita, *secundum gl. in Clem. sæpe, verbo, partib. de verbor. signific. Dec. in l. expressa, num. 6. ff. de regul. jur.* Tum, quia facultas emendandi moram non publicam, sed priuatam debitoris vtilitatem concernit, & principaliter pro ipso fuit ex bono & æquo introducta, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. oblig.* Quare procul dubio licentiam habet renunciandi huic facultati, *secundum regulam l. si quis in conscribendo, & ibi not. per Dd. C. de pact.* ad quam postquam semel eam renunciando abdicauit, et regressus minime promittitur, *l. si fundum, §. eleganter, l. post diem, ff. de lege commiss. c. quod semel, & ibid. Dd. de regul. jur. in 6.* Nec refert, † in ipso contractu renunciatio facta fuerit, an postea ex interuallo, cum allatæ rationes vtrobique militent. Quinetiam ad inhibendam facultatem purgandi moram, sufficit in genere renunciationem esse factam, *Afflict. d. decis. 174. num. 4. Crotus in d. l. si insul.* quod tamen ita demum procedere videtur, si talis renunciatio nominatim etiam ad jus futurum, vt est ante moram commissam facultas purgandi, directa fuerit: alias enim juri tantum competenti renunciationis tempore, non etiam deinceps competituro renunciatum intelligeretur, *Bart. & Dd. in l. 1. C. de pact.* eoq; facultas purgandi post moram demum competitura renunciatione quantumvis in genere facta minime compræhensa censeretur, *vt post Decium consil. 27. tradunt in d. l. si insul. Niger & Bolognet. num. 164.* Illud hic quæri potest cum *Salic. in d. l. si pacto, nu. 16.* sufficiatne in huiusmodi casu simplex renunciatio citra partis alterius acceptationem facta, an vero necesse sit, eam pacto mediante fieri? quod postremum rutius quidem & consultius est, cum juri personali præsertim futuro, vt est purgandi facultas mora nondum commissa, non nisi pacto mediante renunciari posse, communiter cum Bartolo statuant interpretes *in l. 1. C. de pact.* tamen etiam renunciationem simplicem, citra partis alterius acceptationem factam hac in parte sufficere verius videtur, cum renunciatio facultatis purgandi moram non eo fine fieri soleat, vt alteri parti quid per eam acquiratur, sed vt ab illa facultate siue competente, siue competitura sese renuncians excludat, nequiquam sibi post moram oblatio prosit, neue in posterum petitorem accipere nolentem exceptione doli post oblationem alioqui competitura submouere possit, *l. sed etsi alia, ff.*

 de const.

de constit. pecun. l. interdum, §. vlt. ff. de
verb. oblig. l. fidejussor tutel. ff. de except.
dol. l. qui decem, ff. de solut. Quoties au-
tem renunciatio fit eo duntaxat ani-
mo siue intentione, vt jure suo vel
spe juris competituri sese quis priuet,
non etiam vt alteri quid acquiratur,
procedere siue sustineri sententia
communis, haud potest, sed renun-
ciatio simplex non minus, quam si
transijsset in pactum, nocet atq; præ-
judicat, *vt est tex. præ cæteris notabilis in*
l. 1. §. si quis ante, ff. à quib. appell. non lic.
Ad idem tex. in l. denique, §. si quid, ff. de
minor. l. in plurium, ff. de acquir. hæred. l.
nihil, §. omnib. ff. de lega. 1. l. 1. ff. de cur.
bon. da. l. quoties, 11. C. de fideic. cum simil.
& in huiusmodi casu sententiæ com-
muni locum esse nec posse nec debe-
re, multis ostendit *Bolognet. in d. l. 1.*
nu. 7. 8. 11. 52. 53. 54. 65. 66. & 70. C. de pact.
idemq; tradidit ante ipsum Aretin. ibid.
cuius dictum refert, sequitur ac notatu di-
gnum perhibet ibi Cagnol. n. 76. Quam-
90 vis † autem renuncians nihil oblati-
one releuetur, tamen vt solvendo
quicquid principaliter & accessorie
post moram deberi dignoscitur, sese
liberat, ita si creditor debitum illud
sufficiens oblatum accipere nolit,
non videtur ambigendum, morato-
rem id obsignando atq; deponendo
plenam liberationem consequi, *l. ac-*
ceptam, C. de vsur. l. obsignatione, C. de so-
lut. cum facultas purgandi, & jus ab
obligatione sese vel inuito creditore
liberandi quam maxime discrepent,
nec ex illius renunciatione stricte
alioqui accipienda, *l. tres fratres, vbi gl.*
l. emtor, §. Lucius, ff. de pact. huius abdi-
cationem inferre liceat, *l. vlt. ff. de calu.*
l. neq; notol. C. de probat.
91 Limit. V. Quando facta est ve-
ra & omnimoda nouatio, per stipu-
lationē alterius rei, quam quę priore
obligatione continebatur, non est
amplius purgationi moræ locus, eo-
que nec euitari potest præstatio eius,
quod ex stipulatione posteriore de-
betur, *Bart. in l. ita stipulatus, num. 27.*
vers. item si dicas, vbi Joan. de Imol. nu. 11.
ff. de verb. oblig. Cyn. in l. nuda, C. de contr.
stipul. Bald. in l. si pacto quo, num. 4. C. de
pact. & in l. rescriptum, § si pacto, num. 9.
versic. vnum scias, ff. de pact. Angel. in l. 1.
§. item si ita, vbi Ioan. ab Imol. num. 17. ff.
ad leg. Fal. id. Alexan. post alios in d. l. si
insulam, num. 7. & 26. vbi Ias. num. 20. &
25. Zas. n. 8. Ripa num. 54. & num. 108. Bo-
lognet. nu. 146. 262. & 265. Loriot. in apic.
t. de mora, ax. 30. & in libello de mora, §.
sed vsq; vers. quinto. Cum enim obli-
gatione pristina per nouationem sub-
lata, id modo debeatur, pręstandum-
que veniat, quod obligatione poste-
riore continetur, inuito creditori ali-
ud pro eo soluere vel offerre minime
licet, *l. 2. §. mutui datio, ff. si cert. pet.*
Quod si necessaria nouatio, quæ fit
per litis contestationem, purgandi fa-
cultatē adimit, multo magis eandem
cohibebit voluntaria, quæ est effica-
cior maiorisq; præjudicij, *l. aliam, ff.*
de nouat. Sed hisce nonnihil refragari
videtur, quod non semel jure nostro
traditum reperitur, nouatione pur-
gari moram, *l. parui, ff. de condic. furt. l.*
si ire, §. si à fure, ff. de verbor. oblgat. l. si
Stichum, in princ. l. quoties, versic. vnde
Marcellus, ff. de nouat. l. qui decem, §. cum
mihi Stichum, cum seqq ff. de solution. Vt
igitur planius hic articulus alioqui
satis intricatus explicetur, aduerten-
dum, interesse plurimum, vtrum an-
te, an post moram nouatio fiat. Prio-
re † namq; casu, cum obligatio prius 92
quam super ea debitor moram incur-
rat, nouatur, non tam ea nouatione
efficitur, ne mora purgari, quam ne
committi possit super obligatione
nouata. Sive enim posterior stipula-
tio, qua nouatur, sit pura vel in diem,
tollitur illico prior obligatio, *l. in ar-*
em, l. si Stichum, §. legata, ff. de nouat.
proinde super ea fieri mora nullo
modo potest, *arg. l. verum est, in fin ff.*
pro soc. l. si seruum, §. si mo..us, ff. de act.
emt. Sive sit conditionalis, durat qui-
dem obligatio prior ante conditio-
nem existentem, *§. præterea, vers. quod*
autem, inst. quib. mo. toll. oblig. l. quoties,
ff. de nouat. sic tamen vt in contrariæ
conditionis eventum sit suspensa,
l. pecuniam, ff. si cert. pet. cum quamdiu
condi-

conditio nouationis pendet, tam diu sit incertum, an ex obligatione pristina quicquam deberi possit, *d. l. pecuniam*, eoq; nihil interim ex ea peti queat, *d. l. pecuniam, l. eum qui ita, §. si hominem, vbi Dd. ff. de verb. obli.* & vbi nulla petitio, ibi nulla mora, *l. si pupillus, ff. de verb. oblig.* nec distinguimus hic, nouationi noua persona interuenerit, nec ne, quandoquidem natura nouationis cum præsentis, tum in conditionis euentum suspensæ idem vtrobique flagitat, *d. §. præterea, d. l. pecuniam, l. Iulianus, §. vbi autem, ff. de condic. indeb. d. l. eum qui, §. si hominem.* Sed hactenus ista procedunt, nisi idipsum, quod ex obligatione priore dari fierive debuit, stipulationis posterioris conditioni sic inferatur, vt; si datum factumve non fuerit intra certum diem, id quod in posteriorem stipulationem deducitur, præstari debeat. Quamvis enim super obligatione priore mora ne hic quidem committi videatur, respectu tamen conditionis mora fit, in eo scilicet implendo, quo stipulationis posterioris commissionem effugere licuisset, *l. si quis arbitratu, l. cum stipulatus sim mihi, ff. de ver. obli. l. penult. ff. de cond. & dem.* & conditione propter moram existente vere nouatur obligatio pristina, *d. §. præterea, versic. quod si,* & impeditur moræ purgatio, secundum sententiam Dd. sup. relatorum, quæ tali demum casu procedere posse videtur: & vltra prædicta probatur per *l. Thais, §. si intra, ff. de fideic. libert. l. si intra, ff. de statulib. l. si super, C. de transact. l. Celsus, in pr. ff. de recep. arb.* Posteriore autem casu, cum post moram demum stipulatio nouandi animo contrahitur, distinguendū inter nouationem puram, quæ fit, sive stipulatio, quæ nouat, sit in diem, sive pura, *l. in diem, l. si Stichum, §. legata, ff. de*
93 *nouat.* & conditionalem. Nam † si pure fiat, ante rei debitæ interitum, non est, quod de purgatione moræ præcedentis quæratur, adhuc admittenda sit, nec ne, cum per ipsam nouationem sine conditione factam anterior mora indistincte purgetur, vt non referat, præsens fuerit res debita, nec ne, *l. parui, vbi gl. & Dd. ff. de condic. furt. gl. in l. mora, ff. de vsur. Bart. post gl. in l. si rem, in pr. ante n. & nu. 1. vbi Ioan. de Imol. n. 1. verf. nec obst. d. l. Castr. nu. 2. ff. de nouat. Bart. in l. eum qui ita, §. si hominem, num. 1. vbi Ioan. de Imol. num. 13. Castr. num. 1. Zas. num. 2. ff. de verb. oblig. Castr. in l. scire, §. si à fure, n. 2. vbi Cuiac. & Donell. n. 4. ff. de ver. obli.* idq; verum, etiamsi pro re debita quid aliud in posteriorem stipulationem deductum fuerit, *l. fundum, ff. de nouat.* prout etiam procedit, sive morator ipse, sive quis alius nouandi animo promiserit creditori stipulanti, *d. l. parui, Dd. lo. pracit.* Nec obscura decidendi ratio, quia nouatione pure facta tollitur illico prior obligatio, *l. 1. ff. de nouat.* & vi consequentis extinguitur mora, quæ sine illa subsistere nequit, *l. si pupillus, ff. de verb. obli. l. nihil dolo, §. cum principalis, ff. de reg. iur.* Aretinus † tamen *in l. si seruum, §. effectus, nu. 26. ff. de verb. oblig. & nouissime Pacius ἐναντιοφ. cent. 4. q. 29.* 94
existimant esse necessarium in pura quoq; nouatione, vt morator, aut qui nouandi animo pro eo promittit, rei ex priore obligatione debitæ, tunc præstandæ facultatem habeat: cum per *l. qui decem, §. idem responsum, ff. de solut.* tum, quia subest eadem puræ nouationi ratio, quæ conditionali, cum vtraq; moram præcedentem purget virtute cuiusdam fictæ oblationis, cui locus esse nequeat, nisi morator aut promissor rei præstandæ facultatem habeat: tum, quia *d. l. parui,* generalis est, nec ad puram nouationem citra diuinationē restringi posse videtur, eoq; diuersitatem inter puram & conditionalem nouationē non admittit. Sed horum sententia tuta nō est, quippe quæ minime probatur ex *d. §. idem responsum*, quia loquitur Marcellus nominatim de cōditionali nouatione, ex qua nihil ad puram inferri necessario potest. Quin potius ex responso Marcelli, si diligentius aduertas, contrarium elicitur. Cur enim, quæso, Marcellus in moratore sive promissore facultatem dandi requirit?

Nempe, vt intelligi possit obtulisse rem. At nouatione pure facta, necesse non est, quem intelligi obtulisse rem debitam, cum protinus in rei veritate perimatur obligatio prior, ipsoque jure debitor ab ea liberetur, *l. 1. ff. de nouat. d. §. praeterea.* Fieri vero nequit, vt mora super obligatione adhuc subsistente contracta, continuetur atq; duret eadem obligatione rite sublata, proinde necessario finitur & extinguitur, *arg. l. repeti, §. res, cum ll. seqq. ff. quib. mo. vsusfr. amit. l. verum est, in fin. ff. pro so: l. nihil dolo, §. cum principalis, ff. de reg. jur.* Quare cum sit alia ratio juris non minus euidens, & quidem rei veritate subnixa, nec obscure indicata à Papiniano *in d. l. parui*, propter quam purgari siue tolli moram nouatione pure facta necesse est, plane superuacuum, jurique minus consentaneum fuerit, ea spreta siue neglecta ad subsidium fictionis recurrere, rationem inde mutare, proque oblato habere, quod in rei veritate non fuit oblatum: & consequenter, vbi pure fit nouatio, necesse non est, vt frustrator siue promissor facultatem rei praestandae habeat. Neq; vero negamus, oblationem fictam locum habere posse, etiam in pura nouatione, quoties scilicet morator siue promissor rei praestandae facultatem habet, id saltem inficiamur, quod Aretinus contendit, nisi ficta locum habeat oblatio, nouatione pura moram purgari non posse, cum liquido pateat, longe aliam subesse caussam, propter quam finiri moram necesse sit, quaeque non minus subsit ac procedat, cum rei praestandae facultas deest, quam cum adest. Papinianus autem, etiamsi generaliter loqueretur *in d. l. parui*, tamen ipsius decisio restringenda foret, ne procedat in conditionali nouatione, in qua nominatim contrarium propter absentiam rei debitae Marcellus decidit, cum in jure nostro nihil sit frequentius, quam vt vna lex ab altera suppleatur atque restringatur, *l. non est nouum, ff. de legib. l. vtrum, vers. & verbum, ff. de petit. hered. l. quemadmodum, §. hac verba, ff. ad leg. Aquil. l. qui fillab. ff. de legat. 1.* nec ambigendum videatur, quin Papinianus per praesentiam & absentiam idem quod Marcellus intellexerit, cuius tamen in pura nouatione non esse rationem habendam censuit. Verum enimvero cum Papinianus agat eo loci de tollenda condictione furtiua, & nouatione conditionali sicut ipsamet obligatio furti, sic nata ex ea condictio furtiua minime tollatur, sed duret vsque dum conditio existat, *l. quoties, ff. de nouat. §. praeterea, vers. quod autem, inst. quib. mo. toll. oblig.* patet inde, responsum illius non de conditionali, sed pura duntaxat nouatione accipiendum esse. Rursus, cum ad morã finiendam exigat, vt res furtiua in aliud nomen, aliumq; statum obligationis translata fuerit, siue transferatur, & nouatione conditionali non nisi existente conditione translatio fiat in aliam obligationem, *d. l. quoties, & d. §. praeterea, vers. quod autem*, vel hinc liquet, Papinianum de pura, non de conditionali nouatione sensisse. Denique vult Papinianus, moram veluti quadam delegatione finiri: Non fit autem delegatio, nisi noueetur obligatio, & in delegatum transferatur, *l. delegare est, ff. de nouat.* quod non euenit ante conditionem existentem, eoq; de nouatione in futurum conditionis euentum suspensa, Papiniani lex nõ erit intelligenda. Caeterum vbi conditio stipulationi nouanti adijcitur, extra controuersiam est, cessare rationem à Papiniano consideratam, cum ante conditionem existentem non tollatur obligatio, nec in alium statum caussa debiti siue debitũ ipsum transferatur. Quod si dicas, interim suspendi prioris obligationis executionem: Fateor equidem, sed quid hinc inferendum foret amplius, quam morã vel eius effectum interim in suspenso esse: Cui porro consequens esset, vt quemadmodum deficiente postea nouationis conditione perinde habetur, ac si stipulatio posterior non interposita,

ſita, priſtina obligatio nunquam ſuſpenſa fuiſſet, *l. pecuniam, ff. ſi cert. pet.* ita de mora quoq; judicandum eſſe, ac proinde non anterioris modo, ſed & intermedij temporis incommodum pertinere videretur ad debitorem, quippe cuius moram in ſuſpenſo nunquam fuiſſe intelligeretur, *arg. l. ſi tibi homo, §. cum ſeruus, ff. de lega. 1.* præſertim cum aliàs etiam facilius impediatur mora contrahenda, quam dudum contracta inhibeatur, *c. quemadmodum, de jurei.* Ac licet interpretum noſtrorum non pauci ſint, qui ſtatuant, purgari moram eo ipſo, dum creditor nouam fruſtratori dilationem concedit, *gl. in l. mora, verb. repetendi, cum qua Dd. ibi tranſeunt, ff. de vſur. Bart. in l. ſi rem, in princ. ante n. verſ. item opp. vbi Joa. de Imol. n. 1. verſ. item non obſtat, ff. de nouat. Bald. in l. acceptam, n. 31. C. de vſur. Jaſ. in l. vinum, n. 16. ff. ſi cert. pet. Coraſ. lib. 2. miſcell. c. 6. n. 4. Carol. Molin. de vſur. q. 82. nu. 619. cum ſeqq.* tamen ſententiam ſuam reſtringunt ad dilationem principaliter ac per ſeſe datam, & recte quidem cum, quod huius alia vix poſsit eſſe cauſſa, quam beneuola creditoris indulgentia non rigide ſuum jus vrgentis: tum quia futurum, vt debitor pendēte dilatione ſive ſub illius finem non ſoluens in moram rurſus incidat. Quibus illud addi non temere poteſt, hactenus demum impetratione dilationis inductam cenſeri poſſe moræ purgationem, vt proſit in futurum, non in præteritum, quia veriſimile non eſt, creditorem ſi quid ex alterius mora damni ſenſit, quod jure ſit ei reſarciendum, tacite ſimul iſtius exactioni renunciare voluiſſe, cum nemo præſumatur jactare ſuum, vel ſibi debitum, *l. cum de indebito, ff. de probat.* nec ex illa conceſsione quicquam neceſſario poteſt inferri, quam pro tempore futuro, pendente dilatione debitorem in mora non eſſe, proinde periculo temporis dilatione comprӕhenſi liberari: Nam præteriti temporis, quo ſibi mora facta eſt, vt non meminit, ſic acceſsiones ex mora temporis illius ſibi debitas non magis quam debitum principale remiſiſſe cenſeri poteſt: Certi autem juris, ex conceſsione vel actu alicuius non debere colligi præſumtionem ei præjudicialem, niſi quatenus inde neceſſario infertur, *l. 1. §. Julianus, ff. de itin. actuq. priu. c. in præſentia, de probat. Molin. de indiuid. p. 2. nu. 125. & de vſur. q. 39. n. 297.* Vt vt igitur in conditionali nouatione, dum id agi cenſetur, ne pendente conditione ex priore obligatione agi poſsit, in conſequentiam tacite dilatio fruſtratori videatur indulgeri, *l. eum qui ita, §. ſi hominem, vbi Dd. ff. de verb. oblig.* tamen hac tacita dilationis impetratione moram neutiquam purgari poſſe, fatentur & agnoſcunt interpretes noſtri, cum iſthæc dilatio non principaliter & per ſe conceſſa fuerit, nec tam ex beneuola & gratuita creditoris jus ſuum vrgere nolentis indulgentia, quam ex cupiditate nouæ obligationis conſtituendæ proceſſerit, & incertum ſit, an & quando ſit extitura vel defectura conditio, cumq; vel extiterit, vel defecerit, non illico rurſus in mora conſtitutus erit debitor, cum eventus conditionis in mora neminem conſtituat, vt tradunt *Dd. in l. quoties in diem, ff. de verb. oblig.* Quæ † cum ita ſeſe habeant, & nihilominus conſtet, non tum demum, quando exiſtit conditio, 95
ſed antea morā purgari, vt nominatim aſſeruit Marcellus *in d. l. qui decem, §. cum mihi, & §. idem reſponſum, ff. de ſolut.* quem refert Vlpianus *in d. l. quoties, ff. de nouat.* reſtat nihil aliud, quam vt fictionis ope, quod ex bono & æquo conſtituendum eſt, defendatur, eaq; de cauſſa mora purgari ſtatuatur ante conditionem exiſtentem, quia præſumendum non eſt, quenquam in mora diutius perſeuerare, ancipitiq; periculo ſubjacere, ſed potius eo prima quavis occaſione ſeſe liberare velle: quo fit, vt omnimodo præſumatur, vel ſub id tempus, quo nouiter ab eo creditor ſub conditione ſtipulatur, vel poſtea propediem fuiſſe reuera oblaturus, eaq; ratione moram purgaturus, niſi creditor eam

eo nouam sub conditione obligationem inire maluisset. Vnde cum non per ipsum, sed per creditorem steterit, quo minus congrua sufficiensq; in rei veritate fieret oblatio, non immerito perinde habetur, ac si vere oblatio facta fuisset, & creditor accipere noluisset, *d. l. qui decem, §. cum mihi, & sequentib. l. in omnib. caussis, l. in jure ciuili, ff. de regul. jur. c. imputari, c. cum non stat, d. tit. in 6. l. Labeo scribit, 50. ff. de contra. emt.* Sed cum fictio juris nostro non soleat habere locum, vbi veritas locum habere nequit, *l. qui ad certum, ff. loca. l. certe, ff. de precar. l. qui libertinus, §. vlt. ff. de operis libert.* nec plus operetur aut operari debeat fictio, quam veritas, *l. filio quem pater, ff. de lib. & post. Dec. cons. 381. numer. 2.* & regulariter jus nostrum non fingat super impossibili, *Dd. in l. si is qui pro emtore, ff. de vsurp. & vsuc.* oblatio autem in rei veritate fieri minime potuerit ab eo, qui tempore stipulationis nouandi animo interpositæ facultatem rei pręstandę non habuit, nec antequam res interiret, eius facultatem adeptus est, consequitur, in huiusmodi casu, quando scilicet morator siue promissor facultate rei præstandę destituitur, fictioni locum non esse, siue, vt Marcelli verbis vtar, eum non posse intelligi obtulisse rem propter absentiam, eoque nec ab eo moram fuisse purgatam, *d. §. idem responsum.*

96 Hinc † vero non obscure patet, veram nō esse opinionem interpretum existimantium, esse necessarium, vt tempore stipulationis posterioris in conspectu contrahentium res debita fuerit: proinde nec immerito ab illis hac in parte dissenserunt *Ioan. de Imo. in d. l. qui decem, §. cum mihi, numer. 4. Francisc. Aretin. in l. si seruum, §. effectus num. 26. ff. de verbor. obligat. Pacius [illegible] cent. 4. quæst. 29.* cum ratio Marcelli modo declarata tale quid haud quaquam flagitet, multo minus huiusmodi præsentiam requirant verba contextus *in d. §. idem responsum*, vbi ICtus expresse meminit absentiæ in prouincia, quo significaret, eam sese intelligere absentiam, propter quam illius rei præstandæ facultatem quis non habet: prout etiam certum suimet ipsius agit interpretem, dum subiungit, prius decessisse seruum, quam fur vel promissor eius facultatem nancisceretur: quo satis ostendit, suffecturum fuisse ad moram purgandam, si facultatem rei præstandæ fur vel promissor habuisset: Habet autem hanc facultatem non is modo, cui res in conspectu est, siue qui eam secum adducit, sed quicunq; rem in sua potestate sic habet, vt quandocunq; libuerit, eā offerre siue præstare possit, *l. quoties, §. in potestate, ff. de noxal. act.*
Nec † minus euidē- 97
ter inde colligitur, eum qui tempore stipulationis animo nouandi interpositæ facultatem rei præstandæ non habeat, moram quidem propter absentiam rei tunc minime purgare, sed si postea facultatem eius, antequam illa nondum existente conditione intereat, adipiscatur, hoc ipsum ei prodesse ad moram purgandam, & effugiendum futuri temporis periculum: quod aperte Marcellus indicat, cum ad hoc, vt periculo debitoris pendente nouationis conditione res intereat, nominatim duo requirat, vt & tempore stipulationis intercedentis res absens fuerit, & prius quám facultatem eius debitor nancisceretur, interierit: ac proinde requisitorum altero, siue priore siue posteriore vel vtroque deficiente secus esse statuat: nec id absq; ratione, cum qui postea demum facultatem rei præstandę adipiscitur ante conditionem existentem, quod antea non potuit offerre, saltem tunc oblaturus fuisse omnimodo præsumatur, nisi creditor sub conditione stipulando priorem obligationem in euentum conditionis contrariæ suspendisset, incertumq; reddidisset, an ex ea quicquam deberi possit, *l. pecuniam, ff. si cer. pet.* pariter effecisset, ne interim solui posset, *l. stipul. ista, §. inter incertam, & ibi not. per Dd. ff. de verbor. obligation.* eaque ratione per ipsum stetisset, quo minus

oblatio

oblatio fieret, proinde nihil obstet, quo minus posit ac debeat intelligi obtulisse, & consequenter morã purgasse statuatur. Quin † & illud est expeditum, purgari moram, non modo cũ frustrator ipse sub conditione creditori stipulanti promittit, & prius quam res intereat, eius facultatem adipiscitur, verum etiam eum proipso siue sciente siue ignorante alius nouandi animo sub conditione promittit, reiq; præstandæ facultatem habet ante conditionem existentem. *d. l. qui decem, §. sed quid si.* subest n. hic eadem ratio, cum quisq; posit oblatione rei debitę moram alterius purgare: cumq; non dubitarit animo nouandi obliga. frustratoris sub conditione semetipsum obligare, colligitur hinc euidẽs præsumtio, eum uti rem solutioni paratam habuit, ita in rei veritate oblaturum fuisse purgandæ moræ gratia, nisi per creditorem sub conditione stipulantem stetisset, quo minus offerretur: vt proinde hic etiam obtulisse intelligi tam posit quam debeat, perindeq; haberi, ac si creditori accipere nolenti vere ab eo facta fuisset oblatio. *d. §. sed quid si, cum §. seq.* Plus dico, licet ille tertius promissor pręstandę rei facultatem nunquam habuerit, dummodo frustratori non defuerit ejus offerendæ facultas, mora nihilominus erit purgata, vt res deinceps ne quidem ante conditionem existentem ipsius periculo intereat vel deterior fiat, *per tex. d. §. idem respon.* vbi Marcellus ita demum censet impediri moræ purgationem, si prius quam facultatem rei absentis naneiscatur frustrator vel promissor, ea perierit: Vnde necessario sequitur, si alteruter horum facultatem eius rei prius quam interiret, nactus fuerit, hoc abunde sufficturum ad moram pendente conditione purgandam: nec immerito, cum frustrator præstandæ rei facultatem adeptus, eam offerendo sese à mora proculdubio fuerit omnimodo liberaturus, nisi per creditorem animo nouandi sub conditione ab alio stipulantẽ adeoq; efficientẽ, ne quod

ex priore obli. in euentũ contrarię cõditionis suspensa debebatur, conditione pendente solui posit, *l. stip. ista, §. inter incertam, ff. de ver. obl.* stetisset, quo minus oblatio fieret, vt proinde non minus intelligatur obtulisse, quam si ipse stipulanti creditori nouandi animo promisisset. Sed † quid si loco 99 rei ex priore obligatione debitæ posteriore stipulatione conditionali nouandi animo facta quid aliud promissum fuerit? hoc enim licere liquet *ex l. fundum, ff. de nouat.* Sane Marcellus debitam ex priore obligatione rem creditorem a frustratore vel tertio stipulatum esse proponit. At non modo nihil vetat, sed & á Marcello ponderata ratio luculenter euincit, idem hic omnino statuendum esse, cum sit præsumtio pro debitore vel tertio promissore præstandæ rei facultatem habente, eum vera & sufficiente oblatione moram fuisse purgaturum, nisi per creditorem nouandi animo quid aliud sub conditione stipulantem stetisset, quo minus oblatio fieret: adeoq; sive res eadem, siue diuersa posteriore stipulatione fuerit compræhensa, tamen in priore obligatione, quam diu durat, res in eam deducta remaneat, & conditione posterioris stipulationis deficiente omnimodo præstanda veniat, eoque non minus æquum sit, eum superueniente nouatione conditionali a mora liberari cùm diuersa, quam vbi eadem res posteriore stipulatione compræhensa fuit. Denique † 100 non est ambigendum quin omnimodo valeat, si ut à partibus actum, ne mora purgetur intercedente nouatione, *gl. in l. cum qui ita, §. si hominem, vbi Dyn. & reliqui Dd. ordinarie, ff. de verbor. obligation. gl. in l. quoties, versicul. vnde Marcellus, vbi Bart. num. 1. ff. de nouat. Bartol. in l. si Stichum, in princ. & in l. si rem, in princ. ubi Ioan. de Imo. nu. 2. Castrens. num. 1. ff. de nouat.* Siue enim sit conditionalis nouatio, certo certius est, promissorem ita paciscendo præsumtionem offerendi pro se militantem, fictamq; oblationem elidere,

ipsum quoq; frustratorem, si alius hoc pacto promittit, nihilo magis à mora liberum esse posse, cum nihil vetet, quo minus obligatione adhuc durãte simul etiam durare accessoria mora possit. & promissor eo pacto satis declarauerit, se neutiquam promisisse purgandæ moræ alienæ gratia, & creditor nominatim excipiendo moræ à pristino debitore sibi factæ purgationem, aperte videatur eo ipso protestari, per sese non stare, quo minus interim, dum propter conditionem pendentem nondum vere nouatur obligatio, fiat oblatio: quod cum sciverit, aut scire tam potuerit quam debuerit frustrator, sibi imputet oportet, cur offerre neglexerit. Sive sit pura, nihil obstat, quo minus eatenus modo cum priore obligatione mora finiatur, vt quod propter eam accessoriè deberi cœpit, propter expressam reseruationem siue protestationem, cui præsertim pars altera consensit, etiam in posterū exigi possit, *l. non vtiq., §. idem Iulia. ff. de eo quod cer. loc. l. si debitor, §. si in venditione, ff. quib. mod. pign. vel hyp. solu. Tradit contra Petrum Bartolus in l. vlt. vbi Castr. & reliqui, ff. de eo quod cer. loc. Dd. in l. vinum, vbi præ cæteris Bolognet. n. 20. & seqq. ff. si cer. pet.* & promissor ita sese pacto astringere potuerit, vt protinus ab initio posterioris obligationis quasi morator, de periculo & ad alias accessiones ex mora deberi solitas teneatur, nisi talia celeri satisfactione effugiat. *l. liber homo, §. decem, ff. de verb. obl. contractus, ff. de reg. jur.* Quod † si

101 vero prius res interierit, quam nouatio pure vel sub conditione fieret, quia mora præcedens obligationem reddidit perpetuam, vt peremta res etiamnum extare fingatur, nouatio quidem durantis adhuc obligationis fieri potest, *l. inter, §. Stichum, l. si servum, §. vlt. ff. de verb. obl. l. si rem, in pr. ff. de nouat.* mora tamen haud per eam purgatur, *d. l. si rem, ubi Dd.* quia res post moram peremta, licet ad sustinendam nouandamq; obligationem fingatur adhuc extare, tamen præstari nequit, cum in rerum natura nõ sit, eoque nihil præstandum venit, nisi quod ob moram officio judicis debetur, *d. l. si seruum, §. vltim. l. si quod ex Pamphila, ubi Dd. ff. de leg. 2.* At si mora nouatione purgaretur, hoc totum quod ex mora præstandum venit officio judicis deberi desineret, & consequenter inanis & elusoria foret posterior obligatio nouatione contracta, in quam idipsum, quod priore obligatione continebatur, at post interitum præstari nequit, deductum fuit. Hoc vero cum apertę contrahentium voluntati & intentioni refragetur, moram nouatione post interitũ rei facta minime purgari, clare liquet. Et hæc quidem obtinent, quando posterior stipulatio nouandi animo fuit interposita. Quid autem, si citra nouationem quis ad id, quod ipsum ex priore obligatione dare facere oportet, sese astrinxerit? Et † magis

102 est, vt mora præcedens tum quoq; purgetur, ac frustrator periculo futuri temporis liberetur, *gl. in l. mora, ff. de vsur. & in l. scire, §. si à fure, nec non in l. eum qui ita, §. si hominem, & vtrobiq. Dd. ff. de verb. ob. Bart. in d. l. si rem, nu. 1. ubi Ioan. de Im. n. 1. vers. si vero non fuit, Castrens. numer. 3. ff. de nouati. Castrens. post alios in d. l. parui, numer. 2. ff. de condic. furt.* Hoc enim probat evidenter *d. l. scire, §. si à fure*, vbi stipulatione sequente præcedentem obligationem, ex qua condictio furtiua competebat, non fuisse nouatam, inde liquet, quia subreptum promissumq; seruum, quam diu vivit, condici posse, ICtus ait: nihilominus moram stipulationis interuentu purgatam esse, clare innuit, cum furem servo post stipulationem sine mora decedente non teneri asserit. Suadet hoc ipsum ratio, propter quam stipulatione nouandi animo facta morã purgari Marcellus affirmat. Etenim propter anceps periculum, & alia plura, quæ mora, quo longior est, eo grauiora secum attrahit incommoda, est hic quoq; pro debitore præsumtio, quod omnino fuit oblaturus; Quo minus autem

autem offerret, creditor ipse in caussa fuit, qui debitum idem de nouo stipulatus est, locoq; solutionis, quam exigere iure suo poterat, confestimque consecuturus erat ab altero præstandi facultatem habente, noua obligatione in præsentia contentus esse maluit: vt proinde non immerito etiam casu nostro intelligatur oblatum, siue pro oblato habeatur, quod quo minus offerretur, per creditorem stetisse dignoscitur. Vt omittam, solum nouationis defectum tanti non esse, vt propterea sequente stipulatione mora purgari nequeat, cum & ipsa per sese nouatio moram haud emendet, sed ex accidenti tantum, quatenus priorem tollit obligationem, aut fictam simul importat oblationem, & promissione nouandi animo facta ab eo, qui facultatem rei præstandæ habet, moram purgari constet, etiamsi postea conditio stipulationis posterioris deficiat, & sic in rei veritate nulla prioris obligationis nouatio fiat. Cœterum quia per stipulationem nouandi animo non interpositam anterior obligatio minime tollitur, eoque nec rationi, propter quam stipulatione nouandi animo citra conditionis appositionem facta indistincte moram purgari diximus, etiamsi res parata solutioni minime fuerit, locus esse possit in stipulatione sine nouandi animo citraque conditionem interposita, necessario sequitur, promisso-
103 rem † tempore stipulationis huius facultatem rei præstandæ habere oportere, vt secundum Marcelli rationem purgari mora, & frustrator intelligi possit obtulisse, *glos. & D.D. lo. prae.* Nam si postea demum rei præstandæ facultatem sit nactus, fictioni locus esse vix posse videtur, cum per creditorem tunc temporis neutiquam stare videatur, quo minus id, cuius in solutione huc vsq; debitor moram committit, quodq; tam ex posteriore, quam ex priore obligatione pute debetur, purgandæ moræ gratia actu offeratur, atq; soluatur: qua de caussa nec in stipulatione conditionali quicquam ad moræ præcedentis purgationem prodesse dignoscitur, promissorem adipisci rei præstandæ facultatem, postquam conditio extitit. Secus ubi conditione stipulationis animo nouandi non interpositæ pendente facultatem eius nanciscitur, quia creditor prius debitum sub conditione stipulando, satis ostendit, sese malle conditionis euentum expectare, vt ex posteriore stipulatione sibi omnimodo debeatur, quam interim oblatum accipere, vt proinde non modo tempore stipulationis animo nouandi nō interpositæ, sed etiam postea, dum adhuc pendet conditio, per creditorem stare videatur, quo minus offeratur, eoq; facultatem rei præstandæ pendente conditione nactus, obtulisse non immerito fingatur, *d. §. idem respondit.* Hinc † vero patet, perpe- 104
ram sentire *Donellum in d. §. si à fure, nume. 4.* dum pure nec animo nouandi stipulantem purgare moram opinatur, etiamsi res non sit præsens, hoc est, solutioni parata. Nam quod prætendit, creditorem eo ipso declarare, pro rei præstatione sese noua repromissione contentum esse, & paratum expectare, nec amplius instare, vt soluatur, nihil ipsius assertionem adiuuat. Vix enim censeri potest, contentus esse noua repromissione, qui stipulando sine animo nouandi pluribus ex caussis, siue pluribus obligationibus idem sibi deberi cupit, nec paratus videtur expectare, qui differendæ solutionis caussa neque diem neque conditionem adijcit, præsertim cum stipulatio stricte veniat accipienda, *l. quicquid astringendæ, ff. de verbor. obligation.* nec facile quis remittere ius suum censeatur, *l. cum de indebito, ff. de probat.* Quid quod conditionali stipulatione interposita creditor paratus est expectare conditionis euentum, nec tamen ideo minus ad moræ purgationem requiritur, vt promissor seu frustrator præstandæ rei facultatem habuerit. Sed † & illud non obscure liquet, 105
nihil

nihil in proposito quo ad moræ purgationem interesse, creditor id, quod ex obligatione priore morator debebat, ab ipso an ab alio stipulatus fuerit, *Castr. in d. l. si rem, nu. 2. ff. de nouat. Zas. in d. l. cum qui ita, §. si hominem, n. 16. ff. de verb. oblig. & sensere cæteri Dd. sup. rela.* Sive enim jus antiquum species, interuentu noui promissoris obligatio prior censebatur esse nouata, *§. præterea, inst. quib. mo. toll. oblig.* eoq; minus ambigendum erat, moram esse purgatam, *l. qui decem, §. sed quid si, ff. de solut.* Sive jus nouum, non quidem hodie præsumetur, nouandi animo alium promisisse, verisimile tamen est, hunc quicquid facit, releuandi frustratoris gratia facere, adeoq; vel ipsum, vel frustratorem, vter eorum rei præstandæ facultatem habuerit, oblaturum fuisse moræ purgandæ gratia, nisi creditor idem debitum de nouo stipulari maluisset, vt proinde tali casu non minus, quam cum nouandi animo interuenit, promissor aut frustrator possit ac debeat intelligi obtulisse, *d. §. sed quid si, cum §. seq.* Sed cum sæpenumero eveniat, vt stipulatio post moram animo nouandi non interposita sit inualida, puta, cum alia præcessit inter easdem personas eiusdem debiti stipulatio, *vt not. Dd. in l. qui bis, ff. de verb. oblig.* quæstionis est, vtrum illa invtili stipulatione mora purgetur? Asseruit *Cuman. & Donell. in d. §. si à fure, per tex. ibid.* siquidem ICtus, cum dixisset, si hominem dari simpliciter à fure stipulatus fuero, stipulationem nullius esse momenti, subjungit, furem non teneri, si postea sine mora decessit seruus. Addit *Cuman. tex. l. si Stichum, in pr. ff. de nouat.* vbi stipulatio post moram facta procul dubio fuit inualida, *secundum not. in d. l. qui bis,* cum Vlpianus eam nouandi animo factam esse neutiquam asserat, moram tamen ea stipulatione fuisse purgatam profitetur idem ICtus. Sed verius esse videtur,
106 invtili † stipulatione moram non emendari, nec frustratorem periculo liberari, *gl. in d. §. si à fure,* quam sequuntur ibid. *Dd. maxime Ias. num. 5. 6. 7. & 8.* communem *dicens:* Tum, 1. quia nullum quod est, nullum operari debet effectum, *c. fin. de fer. l. si duo patroni, §. idem Iulian. ff. de jureiu. l. Titia textores, ff. de lega. 1. cum simil.* nec præstare debet impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, *c. non præstat, de reg. jur. in 6.* Tum, 2. quia moræ purgatio admittitur ex æquo & bono, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Non est autem bonum & æquum, creditorem in eo satis alioqui grauatum, quod invtilis est, nulliusq; momenti stipulatio, censeri vsq; adeo sibi præjudicasse inualida stipulatione, vt etjam aduersarij moram remiserit. Tum, 3. quia frustrator, etiamsi rem solutioni paratam habuerit, vix tamen intelligi potest obtulisse, cum sciuerit aut scire potuerit ac debuerit, stipulationem jure nullius esse momenti, eoq; sibi minime licere prætextu stipulationis invtilis omittere oblationem, potius etiamnum incumbere ad euitandum futuri temporis periculum modo legitimo moram purgare: nec sit verisimile, creditorem invtiliter stipulari maluisse, quam rem sibi debitam, si quidem oblata fuisset, acceptnrum fuisse, proinde nec per eum invtiliter & sine effectu stipulantem stetisse videatur, quo minus offerretur, & consequenter perinde ac si fuisset oblata, nullatenus haberi queat. Tum, 4. quia frustrator fraude sive dolo vix carere videtur, qui creditori, cui moram hactenus fecit, scienter ita promittit, vt inde nullatenus obligetur: Atqui nemini sua fraus sive dolus patrocinari vel prodesse debet, imo tantum abest, delictum, cui mora subest, aboleri vel emendari fraude subsequente, vt per eam grauius fieri videatur, *c. contingit, de dol. & contu.* Nec obstat *d. §. si à fure,* siquidē Vlpianus, cum ostendisset, quando stipulatio serui surrepti valeat, quando non, postea subjungit, qui sint effectus interpositæ stipulationis, non eius quidem, quam nullius esse momenti dixerat: (huius enim effectus

ctus frustra quæreret, quæ si quem haberet effectum, certe alicuius momenti esset: imo nō exigui, sed magni momenti stipulatio foret, si quales ibi recenset ICtus effectus, produceret, moræ purgationem, liberationem à periculo, conditionis extinctionem: insuper esset inconueniens, stipul. quę non valeat, valere ad extinguendam ipso iure conditionem furtiuā:)Sed illius, quam valere statuerat, vt recte ibidem glossa d. v. *quod si postea*, ad ver. *&. onstat*, retulerit, quam Dd. ibid. communiter sequuntur. Minus obstat *d. l. si Stichum*, cuius in principio licet Vlpianus non meminerit, posteriorem stipulationem animo nouandi factā esse: tamen cùm toto tit. de nouationib. & delegationib. tractetur, & Vlpianus ipse per totam legem de nouationib. egerit, non est inconueniens, posteriorem stipulationem illic nouandi animo factam intelligi, vt recte respondit *Alex. in d. §. si à fure, n. 5. ubi Ias. n. 7.* Adde, quod secunda eiusdem rei stipulatio tum demum est inutilis, cum quis ab eodem bis eandem rem stipulatur, *Dd. in d. l. qui bis*, ICtus autem *in d. l. si Stich.* non asserit, ab eodem promissore, nempe frustratore creditorē stipulatum fuisse: Proinde citra diuinationem subintelligere Cuman. vix potest, creditorem post moram non ab alio, sed ab eodem stipulatum fuisse. Deniq; verba legis cū effectu sunt accipienda, non verbotenus, *l. nn. §. hac autem, ff. quod quisq. iur. l. si per alium, §. do. ere, ff. ne quis eū qui in ius voc.* Quare quod Vlpianus ait, creditorem rursus esse stipulatum eundem Stichum, non licebit accipere vel interpretari de inutili & inualida stipulatione, quę sine effectu sit, vt Cuma. autumat, sed intelligere potius oportebit de stipulatione vtili & valida, quæ debitum sortiatur effectum, *d. §. hac autem, d. §. docere*, præsertim cum actus inualidus habeatur pro non facto, & lex vel statutum de aliquo actu loquens, intelligi debeat de actu valido, qui iuris effectū sortiri posit, *l. hac con utio, 10. ubi Dd. max. Cast. n. 3. ff. de condit. & demonstr.*

107 Limit. 6. cum † quæ danda faciendaue sunt, non in obligationem, sed in conditionem deducuntur: in his enim, quæ non obligatione, sed conditione cōtinentur, purgatio moræ non admittitur, eoq; per eam nec incommoda, quib. ob moram frustrator deinceps oneratur, vitari possūt, *gl. in l. 1. ubi post alios Ias. n. 8. C. de inst. & subst. it. Pet. & Cyn. in l. si mater annis, C. de trans. & in l. si plures, ubi Bald. n. 34. C. de condit. inser. Ray in l. hac conditio, 29. ubi Bart. & Io. de Im. n. 2. ff. de condit. & dem. Bald. in l. si super, n. 3. C. de transact. Alex. in l. si in sin. n. 24. ubi Ripa n. 103. & n. 115. ff. de verb. obl. Affl. decis. 73. n. 4. Carol. Molin. de vsur. quæst. 25. nu. 235. Parisius cons. 19. nu. 234. lib. 2.* Quæ sententia cumprimis nititur textu *l. Thais, §. intra, ff. de fideic. libert. l. si intra, ff. de statulib. l. si super, C. de transact.* quibus aperte declaratur, ei per quem stetit, quo minus impleret conditionem, nihil prodesse, si sit postea paratus implere. Suffragatur item, quod purgatione moræ ab eo, per quem stetit, quo minus conditioni pareret, multo serius id quod conditione continetur, præstetur aut fiat, quam vigore præstitutæ conditionis dari fieriue debuisset: Atqui conditionem in forma specifica impleri, *l. qui hæredi, in princ. l. Mæuius, ff. de condi. & dem.* & ad vnguem obseruari necesse est, *Bal. & Ang. in l. 2. ff. de lib. & post. Cal. en cons. 27. Socin. cons. 24. Zas. cons. 5. n. 99. lib. 1.* Conditio namq; censetur esse de forma, *vt tradit Bal. in auth. matri & auia, C. quando mul. off. tut. Affl. decis. 353. nu. 5.* & forma non exacte seruata vitiatur actus, *Ale. in l. 2. ff. de lib. & post Bal. cons. 390. in fi p. 1. cons. 388. p. 2. Dec. con. 11. Soc. con. 33. Zas. d. cons. 5. n 94. Rip. resp. 90. n. 21.* vsq; adeo vt defectus formæ, quantumcunq; modicus actum reddat ipso iure inualidum, *Ias. in l. si vnus, n. 4. post tex. ibi. C. de test.* Præterea cum peti non posit, quod est in conditione, *l. si quis sub conditione, ff. si quis omiss. caus. test.* & ubi nulla petitio, ibi nulla mora, *l. nulla, ff. de reg. iur. l. si pupillus, ff. de ver. obl.* non habebit mora locum in conditionibus, eoq;

eoq; nec moræ purgationi locus erit, *Alex. in d. l. si insul. nu. 24. Ias. in d. l. 1. n. 8.*
108 Sed cum † *in l. 1. ff. de penu. lega.* ICtus clare profiteatur debitorem habere illius, quod est in conditione, offerendi facultatem tam diu, quam diu cum ipso lis non est contestata super eo, ad quod commissa fuit obligatio: idemq; pateat ex *l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Fal. & l. cum fine, ff. quando dies legat. ced.* Bartolus *in d. l. hac conditio,* distinctione censet vtendum in proposito, vt quoad exceptionem consequendam, non autem quoad acquirendam actionem purgare moram liceat: *sequitur ibid. Ioa. de Imo. & Affl. decis. 73. n. 4.* Aliter Petro & Cyno visum, qui moræ purgationem juribus in contrarium adductis ideo censuerunt admitti, quia conditio illic expressa dispositionem præcedentem habuit, eoque cum dispositio conditione nulla præcedit, indistincte moræ purgationem excludi statuerunt: hos repudiata Bartoli distinctione sequitur *Alexan. in d. l. si insul. n. 24. ff. de ver. obl.* cum, quia Papinianus ipse discernit obligationes conditionales a præcedenti dispositione incipientes a cœteris præuia dispositione destitutis, magnumq; inter has & illas discrimē constituit *in l. ita stipulatus, ff. de ver. obl.* tum, quia vix reperiri potest lex, quę moræ quoad conditionem commissæ purgationem in obligationibus conditionalibus à dispositione non incipientibus esse permissam asserat, proinde standum rigori scripto, secundum quem mora non purgatur, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl.* cum rigor scriptus æquitati non scriptę pręferatur, *l. prospexit, ff. qui & à quib. manum. l. placuit, & ibid. tradita per Dd. C. de iudic.* Verum aduersus Alexandrū vrgeri potest *l. si cum dies, §. vlt. ff. de recep. arb.* vbi moræ purgatio ad litem vsq; contestatam admittitur in stipulatione conditionali compromittentium, quam tamen & posse & solere tam à conditione, quam à præuia dispositione incipere, negari minime potest. Similiter ponderari potest *l. si pacto, C. de pact.* vbi stipulatio cœpit à conditione, cùm pacto promissæ, nisi placito steteur, pœnæ, non etiam ipsi placito subiectam fuisse stipulationem, quoq; conditione stipulationis continebatur, saltem in conuentionem deuenisse, pœnam vero stipulatione compræhensam fuisse Imperator asserat: nihilominus ibi moram, sine cuius interuentu agi ex stipulatu nequiuisset, purgare licet ad euitandam pœnam. Præcessit quidem conuentio, sed nuda, nullum pariens obligationem ciuilem, & à stipulatione plane separata: vt proinde verum adhuc remaneat, illic defuisse, quod ICti requirunt, vt legatum vel stipulatio non à conditione, sed dispositione cœperit, & consequenter ille textus non obscure contra Alexand probet, quoad moræ purgationem non esse inter incipientes non à conditione, sed præuia dispositione, & reliquas stipulationes conditionales differentiam: id quod etiam ratio juris euidenter ostendit. Moræ namq; purgatio permittitur ex æquo & bono, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl.* Æquitas autem in conditionibus multo magis, quam in obligationibus, moræ purgationem suadet admittendam, cum conditiones sa[…] faciendi necessitatem nemini imponant, & procul dubio grauius peccet, qui obligationi non satisfacit, quam qui conditioni parere negligit, eoque vel æque vel magis huic, quam illi subuenire debeat. Cumq; sit pro regula jure traditum, emendari moram licere, non tantum in his, quæ peti possunt, sed & in iis, quæ neque unt exigi, nec vllibi reperiantur exceptæ stipulationes a conditione incipientes, nec ratio possit afferri, cur in eis diuersum obtinere debeat, certe vel hinc patet, etiam in his moræ purgationem esse permissam, *l. à Titio, ff. de verb. oblig. junctis not. per Dd. in l. 1. ff. de reg. jur.* Nec obstat, quod Papinianus *in d. l. ita stipulatus,* discrimen constituit in obligationes conditionales à dispositione incipientes, & cœteras hacte-

hactenus enim illas ab his discernit, vt ille quidem committantur, simul atque per promissorem steterit, quo minus præstaret, quod negatiua condicione continebatur: hæ vero non ante, quam præstari posse desierit: eoque tantum abest, ex Papiniani responso inferri posse, quo ad moræ purgationem & id genus alia ipsas itidem differre, vt inde potius colligendum videatur, quo ad alia nihil esse discriminis, cum præsertim illud discrimen Papinianus non aliunde, quam à voluntate disponentis aut contrahentium deducat, vt interpretes ibidem recte notant, nec sit verisimile disponentem vel contrahentes in conditionibus moræ purgationem excludere voluisse. Minus obstat alterum, cum, quia per *d. l. si cum dies, §. vltim. & d. l. si pacto*, contrarium probatur: tum, quia sicut rigor est in genere scriptus, sic etiam æquitas de purgationis admissione est in genere scripta, nec ad obligationem dandi, exempli gratia relaram restricta, *d. l. si seruum, §. sequitur*, proinde rigori iure merito præferenda, *secundum not. per Dd. in l. placuit, C. de judic. & in c. vlt. de transact. & in l. in omnib. quidem, ff. de regul. jur. Dyn. in c. possessor, num. 24. de reg. jur in 6.* Tum, quia si maxime Celsi dictum *in d. §. sequitur*, a Paulo relatum, generaliter intelligi non posset nec deberet, tamen cum ex eadem æquitate moræ purgatio in obligationibus faciendi, & conditionibus præuiam dispositionem habentibus admissam videamus, & illa non minus, imo magis in cæteris conditionibus locum habear, apparet, etiam in his rigorem æquitati cedere debere, *arg. l. non possunt, cum l. seq. ff. de legib. l. illud, ff. ad leg. Aquil.* vel si sit adhuc dubium, tamen super hac ambigua juris decisione amplectenda potius ea sententia, quæ nititur æquitate, quam quæ rigore siue subtilitate, *d. §. sequitur, l. si fidejussor, §. vlt. ff. mand. Dd. in l. placuit, vbi post alios Zas. n. 15. C. de judic.* Porrò cum superius ampl. 9. contra Bart. & ipsius asseclas pluribus fuerit ostensum, etiam quo ad actionem principaliter acquirendam in conditionibus morã purgari posse, consequitur hanc limitationem in conditionibus, quibus certum tempus non est præstitutum, habere locum minime posse, vt recte censuit *Bologn. in a. l. si insulam, n. 256. & n. 262. & ibid. post Angel. sensit Ripa n. 1034 & Cuiac. in si. Anto. Fab. lib. 6. conject. c. 7.* Quibus nihil obstant *d. l. Theu. §. intra, d. l. si intra, & d. l. si super*, siquidem loquuntur de conditionibus diem habentibus, in quibus aliud juris esse, nemo negat. Conditiones autem diem non habentes moræ purgatione in forma non impleri specifica, minime conceditur: Tempus enim interpellationis tacitę vel expressæ de forma conditionis non est, quippe quod à disponente siue contrahentibus nõ fuit implendæ conditioni præstitutum, saltem ex dispositione legis extrinsecus accedit, vt eo mediante stipulatio committatur, ex qua alioqui non posset agi, *l. sedere, ff. de ver. sign. §. sub conditione, inst. de verb. obl.* Quocirca cum conditiones duntaxat in dando aut faciendo consistunt, non ad tempus vllum à disponente siue contrahentibus restrictæ sunt, morator eas in forma specifica implere dignoscitur, quocunq; tandem tempore dederit aut fecerit, quia verum est, datum aut factum fuisse, quicquid secundum conditionem dari fieriue oportuit. Nec inficias iuerim, moram stricte sumtam pro frustratoria soluendi debiti dilatione, qualis in obligationibus committitur, in conditionibus, ex quibus nil debetur, locum non habere: Sed cum negari non possit, eum cessare, qui factum conditione comprehensum, intra tempus, quo commode consummari potuisset, expedire neglexit, aut interpellatus nec dedit nec fecit, quod secundum conditionem dandum aut faciendũ erat, nec ad moram stricte sumtam tunc quicquam desit, nisi quod conditione comprehensum minime debetur, nec exigi potest, nec aliter ad condi-

tiones illa cessatio sese habeat, quam ad obligationes mora, vti nec minoris illa est efficaciæ, non immerito factum, vt ob tantam vtriusq; similitudinem, conformitatem & singularem convenientiam, illa quoque moræ nomen obtinuerit, *l. talis, vers. sed benigna, ff. de cond. & demon. l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid. l. cum stipulatus sim mihi, l. si ita quis, §. Seia, ff. de verbor. oblig.* Proinde sicut mora in obligationibus commissa deinceps offerendo vel soluendo purgatur, sic in conditionibus facta cessatio dando postea vel faciendo emendatur, *l. si cum dies, §. vlt. ff. de rece. arb. l. 1. ff. de penu lega. d. l. 1. §. item si ita, l. cum sine, ff. quando dies legat. l. si pacto, C. de pact.* Re-
109 stat † igitur, vt in conditionibus diem
habentibus nostra limitatio solummodo procedat, in quibus commissam diei lapsu moram purgari non posse, liquido constat, tum, 1. ex *d. l. Thais, §. intra, d. l. si intra, d. l. si super.* Tum, 2. quia semper verum est, intra diem conditioni præstitutum, non esse datum factumve, sive post diem offeratur, sive non, *l. Celsus, in princ. ff. de recep. arb.* Quare cum non alia conditione debeatur, quam si datũ factumve ante diem fuerit, ac post diem offerendo nulla ratione fieri queat, vt intra diem fuerit datum factumve, luce meridiana clarius est, moram in huiusmodi conditionibus emendari minime posse. Tum, 3. quia dies à partibus nominatim conditioni præstitutus, procul dubio de forma conditionis est, cum partes id cum primis egisse constet, vt ante diem assignatum detur aut fiat, quod in conditionem deductum fuit: Conditiones autem in forma specifica impleri oporteт, vt aliquoties dictum. Tum, 4. quia secundum veriorem receptamq; sententiam, adjecto die pariter & pœna, moram purgare non licet, *d. l. Celsus, in prin. l. trajectitia, §. de illo, ff. de actio. & oblig.* His vero conditionibus dies est præstitutus, & quod sub ijs in obligationẽ deducitur, nisi sit idipsum quod interest, nihil aliud esse videtur quam pœna coërcendæ frustrationis gratia apposita, *vt sensit gl. in d. §. intra, Bolognet. in d. l. si insulam, num. 256.* vel certe simillimum pœnæ, vt quod in ea statutum reperitur, etiam in hoc omnimodo procedat, *d. l. trajectitia, in fin.* Quocirca non est ambigendum, quin purgatio moræ in huiusmodi conditionib. minime locum habeat.

Limit. VII. Quoties idipsum, ad quod per moram committitur obligatio, quoad dominium vel quasi, ad eum transfertur, cui mora facta est, non admittitur amplius emendatio moræ per oblationem eius, quod antea dari fierive potuit, *l. qui ob rem, ff. de condict. indeb. l. si is cui, ff. de lega. 2.*
Sive † enim, vt interpretum nostro- 110
rum verbis vtar, executio facta fuit ab homine, puta, quia soluit morator, quod post moram debetur, cum posset oblatione alterius rei vel facti liberari, planum est, moræ purgationi locum esse non posse, *per textum ad hoc notabilem in d. l. qui ob rem, vbi Bart. Bald. Castrens. & reliqui, ff. de condict. indeb. & tex. æque clarum in l. jam tamen, in princ. ff. jud. solut. Bart. in l. si quis apud, §. vlt. num. 3. vbi Bald. num. 2. Castr. num. 2. ff. d. t. Natta consil. 364. num. 12. tom. 2. Carol. Molin. ad consuet. Paris. t. 1. §. 3. gl. 2. num. 17. Bart. in l. si insulam, num. 18. quem* communiter *sequuntur Dd. teste præ cæteris ibid. Alexandro num. 32. Iasone num. 30. & Bolognet numer. 213. ff. de verbor. obligat. & vltra text. d. l. qui ob rem, Bartolus adducit in d. l. si insulam, duas huius decisionis rationes, quibus ibid. Iason alias duas addit, & singulas refert ac defendit Bolognet. ibi, numer. 213. 214.* Vera tamen & principalis est in proposito decidendi ratio, quia solutione eius quod ob moram deberi cœpit, obligatio sive actio, quæ pro eo competebat, & mora penitus abolетur, *tex. in pr. inst. quib. mo. toll. obli. & §. vlt. inst. de perpe. & temp. actio.* & moram, quæ desijt esse, non amplius purgari posse constat, *l. verum est, circa fin. ff. pro so. l. si seruum, §. si modus, ff. de actio. empt.*

Nec

Nec referre videtur in proposito, mediante traditione morator, an voluntate nuda dominium transferat, cum dominij vel qua i dominij translatio, quocunque modo fiat, procul dubio solutionem importet, *l. solutam, l. solut. omit, ff. de solut.* Sive † mora
211 secum ex dispositione legis executionem trahat, ipso jure dominium rei transferendo a frustratore in creditorem, puta, si testator Titio decem dari jusserit, nisi que decem hæres ei dederit, fundum eidem legaverit, existente per moram conditione dominium fundi transfertur ipso jure ab hærede in legatarium, *l. si fundum, §. Titio, ff. de legat. 1. l. si fundum, ff. de condict. & demon. l. si ego, §. si rei, ff. de jure dot. l. 2. §. si pecuniam, ff. de donat. l. qui absenti, §. 1. ff. de acquir. poss.* ne tum quidem purgare moram licebit, *Bert. in l. si is cui, v's Ioan. de Imol. & Castr. num. 3. ff. de legat. 2. Bert. in l. 3. §. vlt. num. 3. vbi Castr. num. 2. ff. ju ut. solut. Dd. in d. l. qui ob rem, & in d. l. si insulam, vbi præ cæteris late Ioan de Imol. nu. 12. vers. fallit quinto, usq; ad num. 19. Alexan. n. 33. dicens* magis communem *sententiam, Ias. num. 31. & 32. Zas. nu 30. Ripa nu. 82. usq; ad 90. Crot. nu. 61. usq; ad 65. Bolognet. nu. 217. usq; ad nu. 223. Salic. in l. si pacto quo, num. 19. C. de pact. & in l. magnam, n. 4. C. de contrah. stipul. Fran. Aretin. in l. si quis maior, nu. 4. vbi Cagnol. nu. 150. & alij Dd. C. de transact. Paorm. in c. licet, nu. 2. & in c. vlt. ante n. de suppl. negli. prælat. Lud. Roman. consil. 427. in proposito. Parisius consil. 19. n. 225. & 230. lib. 2. Dec. consil. 452. n. 13. Natta consil. 53. nu. 5. tom. 1. cons. 364. num. 12. tom. 2. Loriot. in apic. 1. de mora, axio. 31. & in libello de mora, §. si v'g, versic. septimo, Schrader. de feud. p. 10. sect. 8. numer. 125. Tiraquell. & per eum allegati in repet. l. si vnquam, verbo, reuertatur, num. 310. C. de reuoc. donation.* Probari potest primò *per l. huiusmodi, §. Stichum, ff. de legat. 1. & l. statuliberum, in fin. ff. de legat. 2.* vbi simul atque dixit hæres, quam ex rebus alternatiue legatis dare velit, mutare sententiam nequit, & alteram præstare: nec non *per l. apud Aufidium, ff. de optio. legat.* vbi legatarius habens optionem, simul atque dixit, quæ velit, etiamsi nihil eorum sumserit, mutandæ voluntatis facultatem non habet: & quidem nominatim ratio decisionis traditur hæc, quod illico, cum electio siue optio mediante declaratione fit, electæ rei dominium acquiritur legatario. Iam vero si propter dominij rei translationem a lege factam, is pœnitere, proque re semel electa aliam offerre vel consequi nequit, qui jure suo fecit, quicquid fecit, multo minus ei, qui moram commisit illicitam, alterius rei, quæ poterat antea præstari, oblatione moram emendare, ac dominium ipso jure translatum reuocare licebit. Facit hùc *l. A milite, vers. dicebam, ff. de minor. l. si fundus, §. eleganter, l. post diem, ff. de lege commiss. l. commissoriæ, C. de pactis inter emt. & vend. ac præ cæteris l. 1. §. qui semel, ff. de success. edict.* vbi qui semel noluit bonorum possessionem petere, pœnitere postea nequit, & ad eam regressum habere, etiamsi nondum tempus petendæ bonorum possessioni præstitutum præterierit, idq; non alia de caussa, quam quod a lege facta fuit exe ..tio, cum protinus vbi noluit, perdiderit jus suum, & ad alios pertinere bonorum possessio cœperit. Vnde cum ratio non dissimilis in proposito subsit, dum frustrator ob moram perdit dominium, quod ipso jure ad creditorem deuoluitur, pœnitere moramq; alterius rei oblatione purgare vix poterit, *l. illud, ff. ad l. g. Aquil.* Secundò per *l. si is cui, ff. de lega. 2.* vbi legatarius, cui relictus est Stichus aut Pamphilus, si Stichum vendicet, pœnitere nequit, & Pamphilum petere, etiamsi lapsus erroris opinione Stichum solum sibi legatum putarit: prout etiam hæres jussus alterutrum dare, si Stichum dederit, cum ignoraret sibi permissum esse, Pamphilum dare, minime Pamphilum offerre, Stichumque repetere potest: non id quidem alia de caussa, quam quia Stichus

Fff 2 conse-

confestim, vbi vendicari cœpit, tam factus est legatarij, quam cum ei fuit ab hærede solutus. Quod si propter dominij translationem præsertim ipso iure factam, ne quidem iustus error facti, qui meretur alias excusationem, potis est efficere, vt erranti pœnitere, aliamque rem offerre vel consequi liceat, quanto minus moratori, qui non modo caret errore, sed & proprio delicto effecit, vt ipso iure dominium transiret ad alium, poterit esse licitum, etiamnum alterius rei oblatione moram purgare, adeoque dominium reuocare. Ripa tamen hanc legem communi sententiæ nihil suffragari contendit, cum, quia copulatiue ibi facta fuerit executio tam ab homine, quam a lege, vt proinde nequeat inferri, decitionem æque procedere, cum à lege saltem facta est executio, *argum. l. sæpe, 53. ff. de verbor. significat. l. si hæredis plures, ff. de cond. instit. §. penult. inst. de hær. inst.* tum, quia non de purgatione moræ, sed electione rei permissa, & variatione denegata, & sic in terminis plane diuersis loquatur. Sed fallitur ille, cum in priore d. l. versiculo Celsus non nisi vendicationis meminerit, quæ dominium penes legatarium necessario præsupponit, eoq; ex dispositione legis ad ipsum esse translatum sufficienter arguit: traditionem vero pariter ab hærede factam esse, tantum abest vt denotet, vt contrarium potius, videlicet possessionem rei penes hæredem esse, euidenter astruat, *l. officium, ff. de rei vend. cum simil.* In posteriore autem casum à priore diuersum, & in eo demum executionem ab hærede factam proposuerit. Ac licet Celsus in terminis parumper à proposito nostro diuersis loquatur, tamen cum casui nostro longe maior subsit ratio non admittendi variationem siue pœnitentiam post translatum ipso iure dominium, recte pro sententiæ communis comprobatione d. l. adducitur. Tertiò *per c. 1. quid iuris, si post alienation. feu di vasall.* vbi licet alienationis vasallum pœniteat, isque feudum recuperet, quia tamen illud propter illicitam alienationem domino apertum fuit ipso iure, vasallo nihil ea prodesse potest recuperatio. Quare cum non minus illicita sit mora, consequitur, nec eam purgari posse, quoties propter illam dominium ipso iure transfertur. Quarto, si mora post dominium ipso iure translatum purgari posset, plura specialia contra rationem iuris concurrerent: Ei namque, cui mora facta est, inuito non tantum aliud pro alio solueretur, sed & quod ipsius erat, adimeretur, adeoque dominium ex dispositione legis ei acquisitum, sine facto ipsius ad alium transferretur: Atqui sicut ius nostrum non admittit, vt cuiquam inuito suum adimatur, *l. 2. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. cum similib.* nedum vt sine ipsius facto ad alium transferatur, *l. id quod nostrum, ff. de regul. iur.* ita duorum plurimumve specialium concursum circa idem regulariter auersari solet, *l. 1. vbi Dd. C. de attis promiss.* Quintò: Leges moræ purgationem admittentes duntaxat à futuri temporis incommodis purgantem liberant, *l. si mora, l. semel mora, ff. solut. matrim. l. interdum, §. vltim. ff. de verbor. oblig. l. qui decem, ff. de solut.* non à præteritis, *l. vetig. ff. de recept. arb. l. fideiussor euictionis, ff. de except. dol. l. si ita quis, §. Seia cauit, ff. de verbor. obligatio.* nisi quatenus oblatione rei, cuius in præstatione mora facta est, eius quod iure actionis ex mora deberi cœpit, præstationem effugere licet ante litem contestatam, *l. 1. ff. de penu legat. l. si cum dies, §. vlt. ff. de recept. arb. l. si insulam, l. continuus, §. item qui insul. ff. de verbor. obligat.* nullibi vero tantam purgationi moræ vim attribuunt, vt rei dominium ad alterum propter moram translatum purgatione reuocari queat: Quare nec nobis integrum erit, admittere purgationem ad reuocandum rei dominium, cum præsertim alioqui sit regulariter ita comparatum, vt longe difficilius, multoq;

multoq; rarius res alteri quo ad dominium legitimo jure nuper acquisita retrahatur sive recuperetur, quam eius, quod solummodo debetur, translatio vel acquisitio impediatur, *l. 3. ff. de compensat.* quia non tollit factum, quod impedit faciendum, *l. si seruum quis, §. vlt. ff. de acquir. hered. c. factum, vbi Dyn. num. 1. de reg. jur. in 6.* Sextò: Moræ purgatio contra rigorem stricti juris ex æquo & bono sustinetur, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* Æquitas vero nihil minus dictare videtur, quam ad nutum & voluntatem frustratoris quenquam dominio rei suæ priuari, & aliam rem sibi minus vtilem & fructuosam recipere teneri. Quocirca translato ex legis dispositione dominio, moræ purgationi locus esse vix poterit. Septimò: Emendatio moræ non admittitur, nisi cum adhuc omnia in integro sunt, *l. illud, ff. de peric. & comm. rei vend. l. si in lege, §. colonus, ff. lo. a. l. mancipiorum, ff. de opt. lega. l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. oblig.* Quis autem sanæ mentis dixerit, omnia in integro esse, cum propter moram res eo deuenit, vt dominium à frustratore discesserit, & ex dispositione legis acquisitum creditori fuerit? Octavò: Si translato rei dominio liceret etiamnum purgare moram, à lege frustra pene fieret executio, frustraq; dominium transferretur, siquidem paris conditionis esset frustrator tam ante, quam post dominium rei translatum, nec quicquam ei legis executio noceret aut præjudicaret, vti nec multum prodesset creditori, cui competit alioqui personalis ad rem petendam actio, vt rei vendicatione dominij ratione competitura facile carere possit: Cōsequens autem vix consentaneum juri, quippe quod actum frustratorium auersatur, *l. hac stipulatio, in fin. ff. vt legat. nomi. c. 2. de probat. cum simil.* quodque tanto minus moræ purgationem admittere videtur, quo grauiore coërcitione frustrationem debitoris casu quopiam censuit esse puniendam, *l. Celsus, in pr. ff. de recep. arb. l. 1. §. quib. ff. de success. edic. l. 2. C. de jure. emphyt.* Igitur & antecedens. Nonò: Quoties ob moram transfertur ipso jure dominium, non modo pœnam priuationis dominij frustrator subit, verumetiam eo ipso plerumque obligatio sive contractus antecedens omnimodo resolui solet, cum res ipso jure quoad dominium translata videatur in commissum incidisse, nec frustrator amissione possessionis & proprietatis rei multatus ad obligationis, qua semel commissa tam grandis pœna fuit irrogata, obseruantiam compelli queat, *l. si ita quis stipuletur, 63. & ibi not. per Dd. ff. de verb. oblig.* Est autem pro regula traditum, quoties ob moram alicui pœna priuationis imponitur ipso jure, non esse locum pœnitentiæ · · *§. qui semel, ff. de success. edic. Natta cons. l. 364. num. 11. to. 2. quam sententiam* communem *dicit, & multis allegationib. ornat Schrader. de feud. p. 10. sect. 8. num. 124.* Rursus, quoties jure permittente ab homine vel a lege facta est resolutio contractus, pœnitere sive moram emendare minime licet. *l. commissaria, C. de pact. inter empt. & vend. l. trajectitia, in fin. vbi Zas. nu. 12. ff. de oblig. & actio. Spec. tit. 1. de locat. §. nunc aliqua, Joan. de Imol. & alij Dd. in c. potuit, de loc. at. Bald. in c. 1. n. 3. quo temp. mil. es, & in l. si plures, num. 34. C. de condit. inser. Alexan. in l. si insulam, num. 43. vbi Ripa n. 116. Bolognet. n. 262. ff. de verb. oblig. Afflict. decis. 174. n. 3. Gabr. Roman. lib. 3. commun. concl. 1. de transact. con. l. 1. num 24. Aretin. consil. 94. Dec. consil. 452. nu. 17. Gratus consil. 49. nu. 23. & consil. 93. nu. 61. & 78. vol. 1. Menoch. consil. 718. n. 9. volu. 8. Francisc. Viuius lib. 3. decis. 532. num. 5.* Cœterum † *Ioan. de Imol. in d. l.* 112
si insul. nu. 12. tum demum vult impediri moræ purgationem translato ex legis dispositione ob frustrationem dominio, quando non est opus executione facti, quod vsu venit, cum res jam ante penes eum est, ad quem dominium ipso jure transfertur: Aliàs enim licet executio sit à lege facta respectu dominij, tamen cum nondum supervenerit executio facti,

cti, quippe te penes frustratorem adhuc existente. censet adhuc purgationi moræ locum esse, vt exceptione sese tueri frustrator possit, *l. fideiussor euictionis, ff. de doli except.* cum etiam postquam est facta transfusio prioris obligationis in pœnalem, & consequenter parti jus actu quæsitum ad pœnam, nihilominus quia nondum executio facti supervenit, hoc est, nondum à frustratore pœna est soluta, mora purgari potest ad evitandam pœnam, *l. 10. ff. de penu legat. l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid.* Sed hanc restrictionem cæteri Dd. haud amplectuntur, nec immerito repudiatur ea, cum textus pro communi sententia ponderati nominatim in huiusmodi casu loquantur, quo desideratur etiamnum executio facti, & reliqua fundamenta nonminus vbi non est necessaria, quam vbi requiritur executio facti, sibi locum vendicent: nec ambigendum sit, frustratorem transferendo dominium rei, ad quam commissa fuit obligatio, perimere sibi facultatem purgandi moram, etiamsi adhuc necessaria sit executio facti, puta, si constituat eam rem precario se possidere nomine creditoris: quo casu tenebitur creditori, quamprimum desiderauerit, eam præstare, nec tamen semel translato rei dominio moram alterius rei oblatione purgare poterit, licet etiamnum, sed alieno nomine possideat, *l. qui ob rem, ff. de condict. indebit. l. iam tamen, ff. judic. solut.* cum soluerit eo ipso, dum constituit, creditoris nomine sese possidere, *l. solutionis, 54. ff. de solutio.* vel certe, quod in idem recidit, quodq; sortitur solutionis effectum, satisfecerit, *l. satisfactio, 52. ff. de solut.* Quod si translatio dominij ab homine facta tollit facultatem purgandi moram, etiamsi facti executio sit etiamnum necessaria, quanto magis eandem tali casu tollet translatio dominij à lege facta, cum sit maior, certe non minor potestas legis quam hominis, *l. jus publicum, l. non impossibile, vbi Bart. Castrens. & reliqui, ff. de pact. l. nec ex prætorio, & ibi not. per Dd. ff. de regul. jur.* Non igitur exceptione suam tueri possessionem poterit, qui translato à lege rei dominio facultatem aliud pro ea offerendi pridem amisit. Nec obstat, quod in legato penus aut stipulatione pœnali propter moram transfundirur obligatio prior in pœnalem, & inde jus parti quæritur ad pœnam, quia dominium pœnæ, ad quam committitur obligatio, neutiquam transfertur, sed ea post transfusionem saltem deberi incipit, *d. l. 1. §. item si ita, ff. ad leg. Falcid. l. si penum, ff. quando dies legator.* proinde nihil aliud creditori ea transfusione acquiritur, quam personalis ad pœnam actio, quæ ex dispositione juris nostri moræ purgationem admittit vsque ad litem super ea contestatam, *l. cum quidam ita, 24. ff. de legat. 2. l. 1. ff. de penu lega. d. l. 1. §. item si ita, l. cum fine, ff. quando dies legat. eod. l. si insulam, l. continuus, §. item qui insul. ff. de verbor. oblig. cum simil. Ias. post alios in d. l. si insul. num. 32. Ripa numer. 87. Bolognet. num. 222. Donell. num. 3.* Hinc etiam illud constat, facta executione à lege, siue translato ipso jure dominio moram etiamnum purgari posse, si peculiariter aliquo casu lex tale quid permiserit, vti liquet *ex l. Imperatores, in fin. juncta l. commissa, ff. de publica. & vectig. Dd. in c. potuit, de lo. a. gl. in c. mora, de regul. jur. in 6. Bald. in d. l. si insulam, num. 4. vbi Ioan. de Imol. num. 16. Alexan. num. 33. Ripa num. 86. Bolognet. num. 222.* Hoc tamen inter eum casum, quo post dominij translationem ipso jure factam non est executio facti necessaria, & alterum, quo etiamnum requiritur, discriminis esse deprætienditur, quod priore casu, simulatque propter moram commissam dominium fuit ipso jure translatum, nouusque dominus jure dominij possidere cœpit, hoc omne quod propter aduersarij moram lex ad eum pertinere voluit, censetur abvnde consecutus: Vnde sicut mora 118 procul

procul dubio penitus est abolita, sic frustrator, quia pœnam proprietate pariter & possessione rei amissa perpessus est, omnimodo liberatur, *l. satisfactio, l. solutionis, ff. de solut. & in princ. insti. quibus mod. toll. oblig.* Posteriore autem refert, vtrum nomine & voluntate noui domini frustrator in possessione rei remaneat: & creditor quidem tunc non modo proprietatem rei, sed & possessionem adipiscitur, quippe quem frustrator ipsi ministerio suo rei possessorem fecit, *l. generaliter, l. quo meo, ff. de acquir. poss.* Si enim frustrator consensu noui domini rem aliquandiu retineat ex caussa noua, puta, precarij, locati, aut alia simili, incipit eidem ex illa caussa nouiter obligari siue teneri, super qua cum non sit in mora, nisi postquam tacite vel expresse fuit interpellatus, res ipsius periculo nec interit, nec deterior fit intermedio tempore, quo nomine & voluntate domini possidet, *l. contractus, ff. de regul. jur. l. pignus, C. de pign. action.* An vero dominio ex dispositione legis translato morator etiamnum suo nomine possideat, & nondum quidem creditori sola dominij translatione per legem facta videtur satisfactum, tamen cum frustrator in eo demum, cuius præstatione liberari potuisset, ne alterius rei dominium ipso jure ad creditorem transferretur, moram fecerit, quæ in alia re, super qua nondum vllam commisit moram, nocere vel obesse nec potest, nec debet, & mala fides, quam habere incipit, dum suo nomine pergit rem possidere, cuius dominium propter moram suam scit vel scire debet á lege in alterum esse translatum, per sese non valeat efficere, vt possessor sit in mora restituendi sive præstaudi eam rem, consequitur, illam rem ipsius periculo non interire siue deteriorem fieri, quam diu novus eum dominus exigendo rem suam in mora constituere negligit, *per ea, quæ tradita fuerunt supra excre. 83. ampl. 14.* Sed quid si lege vel statuto caueatur, vt illa ipsa res, cujus solutioni moram fecit debitor, ob moram ipso jure quoad dominium ad creditorem transferatur? Placet.† ne hicquidem purgari moram 114
posse, cum etsi tali casu non omnia, pleraque tamen fundamenta, quibus communem sententiam confirmavimus, locum sibi vendicent, longeque minus, quam vbi alterius rei dominium ob moram transfertur, debitori præiudicetur, qui duntaxat in eo grauatur, ne simplici post moram suam oblatione, quæ alioqui purgationi sufficeret, quicquam releuetur, si res obsignari deponiq; possit, sed necesse sit, ipsum vel satisfacere creditori, vel eo accipere nolente, rem oblatam obsignare ac deponere, vt loco solutionis cedat, nec minus liberatio contingat, quam si fuisset in rei veritate solutum, *l. acceptam, C. de vsur. l. obsignatione, C. de solution.*

Limitat. VIII. Cum † obliga- 115
tioni seruandæ adijcitur juramentum, mora non implendo postea commissa purgari nequit, eoque nec releuari potest morator, quo minus æstimationis quanti plurimi etiam pro futuro tempore aduersus eum ratio habeatur, *Bartol. in d. l. si insulam, numer. 20. ubi Angel. Ioan. de Imol. num. 19. & cæteri Dd. inter quos de* communi *testantur ibid. Alexand. numer. 37. Iason numer. 35. Ripa numer. 90. ff. de verbor. obligation. Bartol. in l. si quis maior, numer. 11. ubi Bald. numer. 12. Salicet. numer. 4. & post Alexand. dicens* veriorem, *num. 7. Iason num. 26. qui dicit* magis communem. *Riminal. prope fin. Cagnol. nu. 151. dicens ab opinione Bartoli, quæ* communiter *& indistincte tenetur, non esse recedendum, Curti. Sen. numer. 42. qui testatur esse* verissimam, *cum quibus ibidem transit etiam Bolognet. numer. 90. C. de transact. Bald. in l. si pacto quo numer. 12. vbi Salicet. nume. 17. C. de pact. Dec. in auth. qui rem, vbi Cagnol. numer. 26. C. de sacrosanct. Eccles. Ripa in l. vltim. quæst. 32. num. 112. C. de reuo. C. don. Ludol. Roman. singul. 444.*

juramentum. Gomez. in §. item si quis postulante, inst. de actio. Afflic. decis. 174. n. 5. Cacheran. decis. 49. in fi. Andr. Fachin. lib. 1. controuers. jur. c. 13. Gabr. Rom. lib. 3. comm. concl. 1. de transact. concl. 1. n. 10. & 11. similiter communem *dicens, prout etiam Eman. Soarez. in thes. recep. sent. ver. junior. nu. 323. quam consulendo secuti sunt Alex. consil. 158. lib. 2. cons. 76. lib. 5. Lud. Rom. consil. 427. Guid. Pap. cons. 31. in 6. dub. Jas. cons. 82. vol. 1. Dec. cons. 452. n. 12. Corneus cons. 101. cons. 121. cons. 156. & cons. 208. lib. 1. cons. 40. lib. 4. Grat. cons. 33. nu. 69. lib. 1. Gozad. cons. 57. Natta consil. 426. nu. 23. 10. 2. Decian. cons. 10. nu. 5. vol. 1. Menoch. cons. 410. n. 25. lib. 5. & cons. 718. n. 8. lib. 8.* Probatur primo per textum notabilem *in c. querelam, de jureiu.* vbi Pontifex eum, qui pensionem annuam, quam interposito sacramento promiserat, non necessitate, sed voluntate soluere cessauit, decidit esse periurij crimine irretitum, ipsoq; remoto ab Ecclesia, quam sub illa pensione tenuerat, illi cui mora facta fuerat, esse restituendam. Atqui si moram super obligatione juramento firmata commissam purgare liceret, perperam Pontifex eum ob morã simplicem etiamnum purgari permissam declarasset periurij crimine irretitum, & inhabilem siue indignum, qui teneat vel regat Ecclesiam, siquidem non aliter huiusmodi pœnis tam grauibus foret obnoxius, quam si residuum quoq; spreuisset moræ purgandæ remedium. Rursus cum non sit dubium, quin frustrator, vt euitaret priuationem Ecclesiæ & beneficiorum, oblatione debitorum bisantiorum fuisset omnino moram purgaturus, si de jure tale quid ei licuisset, Pontifex autem non admittat moræ purgationem, sed remoto moratore Ecclesiam alteri restitui præcise mandet, luculenter inde apparet, juramentum obligationi appositum moræ postea commissæ purgationem excludere. Nec dici potest quod ob lapsum biennij mora purgari nequiuerit, *c. propter, & c. vlt. de locat.* eum, quia Pontifex dumtaxat in recensenda facti specie biennij meminit, in decisione vero nõ nisi super cessatione sese fundat, quã certum est dudum ante biennij lapsũ fuisse factam, simul atq; primo anno soluere neglexit, vt recte Baldus etiã ibidem tradidit, quem cœteri sequuntur: tum, quia si simplex locationis aut emphyteusis contractus, de quo *d. c. propter, & c. vlt.* loquuntur, illic interuenisset, actori licuisset autoritate propria frustratorem expellere, *l. 2. C. de jure emphyt. ubi not. per gl. & Dd. & in auth. qui rem, C. de sacros. Eccl. & in d. c. vlt. tradunt q. relati per Clarum §. emphyt. q. 11.* ac proinde supervacuum fuisset rescriptum Pontificium, quo Episcopis iniungitur, vt caussa cognita remoueant frustratorem, & Ecclesiam alteri restituant, quã de caussa *tex. d. querelam*, de huiusmodi casu intelligi nec posse nec debere, præ cœteris ibi Panorm. censuit. Secundo per *c. breui, de jureiur.* vbi sub juramenti debito requisitus, nec defendens, vt jurato promiserat, sed a requisitione appellans, periurij reatum incurrit, nisi difficultas extiterit, propter quam Ecclesiæ subuenire nequiuerit: Quod si qui non simpliciter cessauit, sed appellationis remedio sibi prospexit, non releuatur, quo minus illico post moram periurij reatum incurrat, eoq; moram purgare nequeat, quanto minus qui simpliciter cessauit, appellationem non interposuit, releuabitur, quin illico periurus fiat, nullamque purgandi facultatem habeat. Rursus cum non nisi difficultatem exceperit, propter quam excusetur siue releuetur, qui requisitus non defendit, ne periurij crimine teneatur irretitus, clare demonstrat, eum qui difficultate minime præpeditus defendere cessauit, si moram purgare velit, neutiquam releuatum iri, quo minus periurij crimine teneatur irretitus: Est enim validum in jure argumentum à contrario sensu. *l. 1. ubi Dd. ff. de off. eius, cui mand. est jurisd.* & exceptio demonstrat in omnibus alijs casibus præter exceptum dispositionem sibi locum vendicare, *l. quæsitum, §. denique, ubi Bar.*

Bart. ff. de fund. instr. l. nam quod liquide, in fi. ff. de penu lega, l. cum prætor, ff. de judic. l. maritus, C. de procur. Quod si frustrator moram purgare nequit ad euitandum periurij crimen, vtique nec poterit emendare moram ad euitandas pœnas huic periurio jure nostro præstitutas, siquidem vbi delictum reuera subest, ibi pœna, quam propter illud lex imposuit, omnimodo ubi locum vendicat, *l. impunitas, l. si operis, l. sancimus, C. de pœn. cum sim.* Tertio *per tex. not. l. si quis maior, C. de transact.* vbi Impp. non ei demum, qui moram non implendo commissam purgare noluit, sed generaliter & indistincte vnicuique contrauenienti pactioni siue transactioni juratæ non implendo eam, imponunt pœnam, vt non solum notetur infamia, verum etiam actione priuatus, restituta pœna, quæ pactis probatur inserta, & rerum proprietate careat, & emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus: Vnde cum negari vix possit, simul atq; tacite vel expresse interpellatus obligationi satisfacere cessat siue negligit, eum contractui jurato in rei veritate contravenire non implendo, sequitur, ipsum non minus, quam purgare nolentem, pœnis d. l. omnimodo subiacere. Quod si quis eo ipso contrauenire contractui jurato censetur, & ex consequenti pœnas d. l. euitare nequit, quia super eo, quod jurato promisit non petere, judicem interpellat, vel supplicat principi, etjamsi alias, vbi juramentum non interuenit, ei pœnitere liceat vsq; ad litem contestatam, nec aduersus eum pœna committatur, nisi cum reo litem contestatus fuerit; *l. amplius, ff. rem rat. hab.* insuper etiam illa interpellatio judicis siue supplicatio non nisi simplex actus siue conatus esse videatur, qui effectum sortiri nequeat, cum Impp. interpellantem siue supplicantem actione priuent, vt agere cum effectu minime queat, *l. si pupilli, §. videamus, ff. de nego. gest. tradit q. præ cæteris Donell. in d. l. si quis maior, num. 3. & 4.* quanto magis, quæso, contractui jurato contrauenisse, pœnasque d. l. sine facultate purgandi moram incurrisse censendus erit, qui requisitus non impleuit, cum etiam vbi non interuenit juramentum, stipulatio propter moram non implendo factam committatur ad pœnam conuentionalem vel interesse, *l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de colla. bon. l. stipul. non dum d. §. vlt. l. si fundum, ff. de verb. oblig.* & mora non implendo facta non videatur esse simplex conatus, sed cum effectu sit coniuncta, dum creditor interim eo, quod sibi debetur, inuitus carere cogitur. Præterea † non 116
tantum infamia & priuatio actionis, verum etiam reliquæ pœnæ d. l. imponuntur ipso jure, sique in omnibus executio á lege secundum veriorem & communem sententiam interpretum, de qua præ cœteris testantur *ibid. Alciat. in verbo, mox, Cagn. nume. 145. Bolognet. nume. 89. Sequitur Decius consil. 452. numer. 13. Natta consili. 364. num. 11. to. 2. Corn. cons. 121. nume. 14. co. 266. nu. 4. v. 3. Hiero. Gab. co. 51. ante n. & n. 33. Crauet. cons. 191. n. 5. vol. 1.* Quod enim infamiæ pœnā attinet, omnes admittunt, contractui jurato contravenientem infamia notari á lege, siue ipso jure, non per sententiam demum judicis, cum non requirant Imperatores, vt periurij caussa cōdemnatus fuerit, & quoties non ipso jure quis infamia notatur, leges nostræ nominatim requirere soleant, vt ob delictum siue publicum siue priuatum, aut perfidiam condemnatus fuerit, *l. 1. l. athletas, §. calumniator, & §. vlt. l. furti, §. sed si, & §. illud, l. quid ergo, §. vlt. l. Luc. ff. de his qui not. infa. l. etsi, l. decuriones, l. si furti, l. interturum, l. si te, l. nullam, l. non damnatos, cum l. sequent. C. ex quib. causs. infa. irrog.* Similiter in eo consentiunt, contrauenientem ipso jure priuati actione, cum actionis privatio non minus quam infamiæ irrogatio sit executione juris contenta, nec facti desideret executionem, & Imperatores vtantur verbo *priuatus*, quod cum sit præteriti temporis, ipso

ipso jure priuationem fieri denotat, *vt tradit Bart. in l. Manius, §. duorum, ubi Ioan. de Imo. n. 10. ff. de lega. 2. Bart. in l. jubemus, §. sane si hoc, n. 12. C. de sacros. Eccles. Felin. in c. 2. c. ex tenore, & in c. Rudolph. de rescript. Nat. co. 147. n. 15. 10. 1.* Reliquas etsi *Salic. Castr. Aret.* & alij nonnulli negent, esse ipso jure impositas, tamen cum illos hæc præcipue ratio moueret, quod istæ pœnæ requirant executionem facti, puta, solutionem pœnæ, restitutionem rerum & emolumentorum, & nihil obstet, quo minus huiusmodi rerum, quæ lex ad seruantem intemerata pacti jura pertinere voluit, dominium ipso jure transferatur ex legis dispositione, *l. apud Aufidium, ff. de optio. lega. l. à Titio, ff. de furt. cum sim.* dummodo in specie consistant, non in genere vel quantitate solum, *l. si pecun. i. l. Manius. §. duor. ff. de lega. 2.* non immerito cæteri DD. in his idem quod in præcedentibus statuunt, cum præsertim è verbis legis idipsum non obscure conijcere liceat. Etenim cum de pœna jurato cōtracto comprehensa disponunt Impp. iterum verbo præteriti temporis vtuntur, quod in dubio denotat, ipso jure fieri, *per prædicta*; & de proprietate rerum & emolumento loquentes vsurpant verbum *careat*, quod ipso jure priuationem fieri, procul dubio denotat, *gl. l. prouidendum, verb. careat, C. de postul. gl. in c. nihil, vbi Panor. de elect. Ang. & Raph. Cum. in l. rem quæ nobis, ff. de acqui. poss. Felin. in c. ex tenore, nu. 17. de rescript. Cagnol. in d. l. si quis maior, n. 146. ubi Bologne. n. 89.* Ac licet hoc nonnulli restringant, ne priuationem ipso jure fieri denotet in his, quæ desiderant executionem facti *Gemin. in c. dispendia, post tex. ibi. de præsc. in 6. Matthesil. sing. 112. Ias. in d. l. rem quæ, n. 36. Felin. in d. c. ex tenore,* nihil tamen id obstat, cum ad priuationem siue translationem proprietatis rerum & emolumentorum, non sit opus executione facti, sed abunde juris executio sufficiat. *l. à Titio, ff. de furt.* facti autem executio duntaxat ad priuationem siue translationem possessionis necessaria sit. *Bologn. lo. rel.* Sed & in *vers. itaq;* qui ad infamiæ pœnam referri nullatenus potest, reperitur particula *mox*, quæ similiter ostendit, executionem ab ipsa lege fieri, *gl. in auth. de incest. nupt. verbo, imminuere, Ioan. de Imol. in l. Manius, & duor. nu. 10. ff. de lega. 2. Tiraq. & per eum relati in repet. l. si unquam, verb. reuertatur, n. 109. C. de reuoc. donat.* Proinde licet subsequatur verbum *deputabuntur*, tamen cum illico post contrauentionem Impp. omnia partis obseruantis commodo deputent, & verba etiam futuri temporis directo vel in consequentiam implicantia priuationem, ipso jure quid fieri denotent, *Io. Calderi. consil. 10. futurum, sub rub. de verb. signif. & con. 6. an ex incursa, ad fin. sub t. de feud. cuius doctrinam valde notabilem dicit Ias. in d. l. rem quæ, num. 35. & 36. ff. de acquir. poss.* vtiq; consequitur, deputationē non mediante demum judicis ministerio, sed ipso jure fieri, adeoq; necessitatem processus & sententiæ cōdemnatoriæ, quæ nō statim, sed matura demum deliberatione præcedēte ferri potest, *l. 2. C. de sent. ex breui. recit.* omnem excludi, præsertim cum ne quidem post sententiam illico fieri possit executio, sed dilationem cōdemnatis indulgeri necesse sit, *l. debitorib. ff. de re judic. cum sim.* Si tamen pœna, vel cœtera, quæ vigore d. legis commodo partis obseruantis cedere debent, non sint corpora certa siue species, sed in genere siue quantitate modo consistant, cum in eis dominium ipso jure minime transferri dignoscatur, sed ad illud acquirendum facti executio sit necessaria, *l. Manius, §. duor. ff. de lega. 2.* ne secus dicentibus illud absurdum necessario sit admittendum, rerum singularum, quotquot sub genere continētur, dominium ipso jure transferri, quod orationis compendio singulas dispositio continere videatur, *d. §. duorum,* nec magis vnius, quam alterius rei sub eo genere comprehensæ præstatione liberatio contingat, *§. huic autem, v. præterea, inst. de actio.* non infi-

cias

cias incerim, nisi contrauenlens talia sponte præstet, eorum priuationem siue translationem in alterum, nō ab ipsa lege, sed mediante demum iudicis ministerio fieri, & in iis sententiam *Salic. Castrens.* & assecl arum sustineri posse, vt voluit etiam *Bologn. in d. l. si quis maior, num. 59.* Porro cum ex dictis appareat, hoc dunraxat excepto casu, pœnas d. l. esse ipso iure impositas, & superius ostensum sit, moræ purgationi non esse locum, quoties à lege facta est executio, firmiter hinc inferre licet moræ super iurato contracta commissæ purgationem non habere locum ad euitandas d. l. pœnas. Quinimo etiamsi reliquæ præter infamiam & actionis priuationem pœnæ non ipso iure forent impositæ, moræ tamen purgationi vel hac de caussa nō posse esse locus, ad eas effugiendas, quia liquet ex *d. l. si quis maior, & tradit post alios idem sentientes ibid. Cagnol. num. 184.* pœnas illius legis esse præstitutas periurio super obligatione iurata commissio coercendo. Constat autem id committi, simul at que debitor non implendo moram facit, vt clare probat *d. l. si quis maior, ibi, vel non implendo, nec non d. c. querelam, & d. c. breui, vbiq; Dd. Bartol. in l. in illa, numer. 4. ubi Ripa, numer. 20. ff. de verbor. obligation. Afflic. decis. 30. numer. 5. & decis. 36. numer. 2. & 3. Dd. in c. debitores, de iureiu. Panorm. in c. 1. numer. 6. 7. & 10. ubi Felin. & alij, d. titul.* & iurantem, nisi soluat in termino, dici lapsu periurium incurrere, communi sententia receptum testatur *Hipp. Bonacoss. lib. com. opin. ver. periurus.* Prout etiam illud ex eo patet, quod omnes admittunt, non implentem protinus ipso iure infamiam incurrere, & actione priuari. Semel autem commissum periurium vt infectum fieri nequit, *l. in bello, §. facta, ff. de capt. & postli. reuers. l. verum est, ff. de reg. iur.* ita nec remittitur oblatione rei seu facti iurato promissi, sed necesse est, vt contrauenlens ei quem non implendo iuratam obligationem fefellit, præstet, quicquid ob eam contrauentionem ad ipsum pertinere cœpit, aut aliter ei consentienti satisfaciat, vt serio pœnitens impetret absolutionem, si perjurij reatu liberari velit, *vt sensit Abb. inc. 1. nu. 10. de iureiur. & præ cæteris tradidit Afflic. d. decis. 36. n. 3. 4. & 5.* alioqui semel factus periurus non liberatur periurij reatu, nec auditur, etiamsi velit absolutionem petere, *secundum communem Dd. sententiam, de qua testatur Grat. cons. 115. numer. 2. vol. 2. Hipp. Bonacoss. d. verb. periurus.* Quo fit, vt simplici oblatione rei seu facti iurato promissam cæteræ pœnæ peræque ob periurium, eiusq; puniendi gratia propositæ, quam infamia, & actionis priuatio, euitari nequeat, siquidem delictū exigit omnimodo irrogationem pœnarum ei coërcendo coniunctim præstitutarum, *l. impunitas, l. sancimus, C. de pœn. l. non poterit, ff. de furt.* quas non facile remitti publice interest, *l si operis, C. de pœn.* Verum 117 enimuero textui *d. l. si quis maior,* respondere nihilominus conatur *Bolog. in d. l. si insulam, numer. 220.* asserendo, ad hoc, vt quis non implendo pœnas d. legis incurrat, inter cætera requiri fraudem siue dolum in obligato non implente, *pro qua sententiā multos addu it Gabr. Roman. d. titul. de transact. con lus. 1. num. 57. &* communiter *approbatam dicit, & ab ea non esse recedendum ait Cagnol. in d. l. si quis maior, numer. 187. Similiter de* communi *testantur Iason in d. l. videamus, nume. 7. ff. de eo bit. iur. Claud. in d. l. si quis maior, num. r. 41. Gomez. ad 81. l. Tauri, numer. 19. Clarus §. periurium, nume. 9.* Dolum autem non præsumi, sed eo demum casu locum habere contendit idem Bolognet. cum debitor implere potest, sed implere se nolle palam profiteur. Addit, pœnas appositi sub conditione, si non obseruauerit, quę conditio nō videatur existere per solam moram, quando adest tempus purgandi: proinde cum non extiterit conditio, plene pœnam non esse incursā, nec posse per iuramentum

deberi,

deberi, quoniam intelligitur jurasse
soluere pœnam plene incursam,
& cum qualitate, quod omnino debe-
atur, *l. sancimus, C. de fideiussor.* Negat
insuper esse periurium cõsummatum,
cum adhuc pendeat tempus, quo mo-
ræ purgatione possit impediri incur-
sus pœnæ. Sed his non modo nil pro-
ficere, verum etiam ijs, quæ tradidit
in d. l. si quis maior, contradicere vide-
tur. Etenim *in d. l. si quis maior, num. 16.*
contrariam sententiam, videlicet, in
non implente dolum non requiri, tu-
etur & agnoscit esse veriorem, quam
ibidem ante ipsum tenuerunt, *Ias. n. 3.*
& Parpal. Dec. in auth. qui rem, C. de sa-
crosf. Eccles. & pro hac sententia duo
fundamenta Ias. adducit *in d. l. si quis*
maior, quibus alia duo adijcit Parpal.
relata per *Cagn. ibid. n. 185. & 187.* in-
super adhuc duo proponit *Bolog. n. 16.*
& periurium sine dolo ex culpa com-
mitti, vltra ipsos asseruit *Bald. in c. 1.*
§. licet, n. 3. vbi Iac. Aluarot. si de feud. fu-
erit contr. int. dom. & agn. Anar. de J-
sern. in c. fin. de alie. feu. pater. Joan. de
Imo. in Cle. non potest, post gl. ibid. de pro-
cur. Panor. in c. 1. nu. 6. 7. & 14. vbi Felin.
n. 28. vers. tertius casus, de jurei. Joan. An-
dr. & alij in c. debitores, de jurei. Zas. in
§. item si postulante, nu. 22. inst. de action.
Turzanus lib. commu. opinion. lit. P. §. si
debitor, in pr. & n. 2. Eman. Soarez. verb.
periurus, n. 100. Verum sicut ij, qui com-
munem sequuntur, in eo perperam
sentire videntur, quod periurium nõ
committi contendunt ab eo, qui sine
dolo, non tamen absq; culpa sua ces-
sat implere obligationem juramento
firmatã ita vicissim, qui contrariam
tenent, labi videntur, dum obligati-
oni juratæ satisfacere culpa sua ces-
santem periurium sine dolo commit-
118 tere autumant. Vt † igitur velut in
transcursu declaremus, quatenus v-
traq; sententia sustineri possit ac de-
beat, vtendum arbitramur distinctio-
ne, non illa quidem à Iasone tradita
in l. qui jurasse, ff. de jurei. & in l. videa-
mus, n. 11. ff. de in lit. jur. quam non
immerito refellit *Cagn. in d. l. si quis ma-*
ior, n. 156. & ibid. Bolog. n. 16. Sed qua
discernatur mora à transgressione si-
ue contrauentione juramenti. Quam-
vis enim, vbi subest obligatio jurata,
concurrant & ita sint connexæ, vt
hæc per illam fieri videatur, non ta-
men, quod in vna requiritur, in alte-
ra similiter est necessarium. Sic ad mo-
ram etiam super obligatione jurata
requiritur, vt non fuerit satisfactum,
quo tempore satisfieri debuit: quod
ad transgressionem juramenti pro-
missorij præcise non est necessarium,
cum suppetant etiam alij modi trans-
grediendi siue non obseruandi jura-
mentum. Vt igitur mediante mora
juramentum non obseruetur, & ex cõ-
sequenti periurium inducatur, neces-
se non est, vt mora dolo fiat, siue vt
obligatus animo fraudandi, fallendi
seu decipiendi non impleat, sed cul-
pam interuenire frustrationi solam
sufficit, debitore citra intentionem
circumueniendi alterum ex incuria
siue negligentia quadam non implẽ-
te, quod implere tam citra difficulta-
tem potuisset, quam debuisset: ac pro-
inde hoc respectu vera est, & proce-
dit Iasonis & subscribentium senten-
tia, quicquid tandem alij prætendant:
Id enim præter adductas ab illis rati-
ones non obscure patet ex *d. l. si quis*
maior, vbi simpliciter & indistincte
Impp. non implenti obligationem ju-
ratam imponunt pœnas illic nun-
cupatas, nihil minus requirentes,
quam vt dolo neglexerit implere:
Atqui plerumque vsuuenit, vt ex
culpa solum cessauerit satisfacere, ra-
ro dolose siue animo decipiendi mora
fit, rarius tali de dolo constat. Quo-
circa nisi á generali legis dispositio-
ne, quod plerumq; vsuuenire dignos-
citur, excludere, ad id quod rarius
accidere consueuit, eandẽ ausu pro-
prio restringere velimus, quod absur-
dum fuerit, & contra *l. nam ad ea, ff. de*
legib. l. 1. §. generaliter, ff. de lega. præst.
necesse est, d. l. tam de eo, qui culpa
solum neglexit implere, quam qui do-
lo cessauit, intelligi. Probat idem e-
videntius *d. c. querelam, de jurctu.* vbi
Pontifex non requirit vt dolo, sed vt
volun-

voluntate cessarit: Cessat autem voluntate tam is, qui culpa solum, quam qui dolo cessat, nec quicquam, quod eum releuet, excipit, nisi necessitatem, qua præpeditus solvere nequiuerit, ac proinde tali non impeditum necessitate perjurij crimine irretiri, omnimodo censet: prout etiam patet ex *d. c. breui, de jures.* vbi requisitum super obligatione jurata satisfacere, cessantem perjurij reatum incurrere. Pontifex decidit, nisi difficultas extiterit, propter quam satisfacere nequiuerit. Tam vero deest illa difficultas, vbi saltem culpa sua, quam vbi dolo moram committit. Ad idem tex. *in c. licet, si de feud. fuerit contr. int. dom. & agn. & in c. 1. de alien. feu. patern.* vbi dominus, qui propter paupertatem, & sic citra dolum sive animum decipiendi non implet sive soluit, perjurium incurrit, dummodo, vt ibid. Dd. non absq; ratione monent, non fuerit absq; culpa, sed vel tempore juramenti sciuerit, præstare se vix ac ne vix quidem posse, *l. penult. ff. de jure dot.* vel ipsius culpa, vt frequentius accidit, paupertas superuenerit, *l. in rebus, ff. commod. §. item is cui, vers. si modo, inst. quib. mod. re contr. oblig. cum simil.* Denique *fac. l. videamus, vers. graue enim, quem adducit ibid. Ias. ff. de tabit. juran.* Cœterum quia super obligatione jurata mora non sola committitur, sed vt obligationi juramentum accessit, ita cum frustratione transgressio juramenti concurrit, eique annexa est, nec minus is qui saltem ex incuria sive negligentia non impleuit, cum implere deberet, quod sese daturum facturumve jurauit, quam qui dolose neglexit satisfacere, juramento contravenit, siquidem vterq; sciens juramentum non seruauit, fidemq; inuocato ad veritatis & obseruantiæ certissimæ testimonium sacro Dei nomine sancte datam violauit, ac proinde non modo Deum, per quem jurauit, nefario diuini nominis abvsu grauiter offendit, sed & eum, cui jurauit, juramento suo fefellit, negari non potest, in vtroque dolum depræhendi, in altero quidem duplicem, cum & dolo moram commiserit, & juramento per dolum contravenerit, in altero duntaxat simplicem, quatenus in mora quidem dolo caruit, interim tamen ex alio capite, dum scienter juramentum obseruare neglexit, dolum admisit, & perjurio fuit irretitus, *l. qui jurasse, & ibi not. per Dd. ff. de jurejur. Fac. l. Julianus, §. si tibi, vers. dolus autem, ff. ad exhib. l. si procuratorem, §. dolo autem, l. dolo, ff. mand. cum simil. quæ q. tradit Cagnol. in d. l. si quis maior, num. 189. & 190. Zas. consil. 18. num. 6. & seqq. lib. 1.* Hoc igitur altero respectu vera est, & omnimodo sibi locum vendicat opinio communis, prout etiam sentire videntur Interpretes, dum transgressionem juramenti præsumi dolo factam statuunt, *Castr. in d. l. qui jurasse, nu. 7. & 8. ibid. Alex. nu. 5.* quod ad moram super obligatione jurata factam, quam frequentius absq; dolo committi constat, minime quadrat, proinde soli transgressioni, licet ea mediante frustratione fieri dignoscatur, competere potest. Porro quod Bo- 119
lognetus asserit, conditionem non implēdi, sub qua pœnæ *d. l. si quis maior,* imponuntur, non existere per solam moram, quamdiu tempus moræ purgandæ durat, facile reijcitur inficiando, cum ab eo ratione minime comprobetur, & negari non possit, verum esse, jurantem non obseruasse, sive non impleuisse, simulatq; per ipsum diei lapsu vel ab homine interpellatum stetit, quo minus impleret, *l. Celsus, in pr. ff. de recep. arb. l. 5. §. item si ita, vers. quod si, ff. ad leg. Falcid.* Quin vel ex eo liquet, assertionem Bologneti nō esse veram, quod in obligationibus etiam faciendi, id quod interest aut pœna conuentionalis deberi dignoscitur sub conditione, si nō fiat, quam constat illico per moram existere, siquidem protinus obligatio committitur, cum est in mora debitor, *l. si quis filium, §. stipulatio, ff. de colla. bon. l. cum stipulatus sim, §. cum venderet, ff. de verb. oblig.* idemq; juris etiam in obligatione

 dandi

daudi pœnali, *l. si penum, ff. quando dies lega. juncta l. 1. ff. de penu lega.* Quanto minus igitur ambigendum, quin eadem quoq; conditio in pœnis legalibus peieranti præstitutis, in quibus moræ purgationi non esse locum ostendimus, per moram existat. Dum vero perjurium negat esse consummatum pendente purgationis tempore, aperte refellitur tum textu *d. c. querelam, & d. c. breui*, tum, quia negatur hoc casu moræ purgationi locum esse, sublataque moræ purgatione tollitur etiam tempus purgationis, quippe ipsius accidens: tum, quia communiter ab interpretibus traditum reperitur, jurantem, nisi soluat in termino, perjurum illico fieri, *Bonacoss. lib. comm. opin. verb. perjurus*: tum, quia perjurium temporis tractum haud requirit, sed momento temporis fieri potest ac solet: quocirca perjurium committi vix posse videtur, quin ipsa commissione sit illico consummatum: tempore autem posteriore, quo quis in illo commisso perseuerat, non tam perficitur siue consummatur, quam grauius modo redditur, *c. cum tanto, de consuet.* Sed hæc pro inductione *d. l. si quis maior,*
120 sufficiant. Quartò † probatur limitatio nostra, quia juramentum ad vnguem, & in forma specifica seruari debet, *Dd. in c. ad nostram, per text. ibid. ac præ cæteris Felin. qui* communem *dicit, de jureiur. Iason post alios in l. cum, §. si jurauero, num. 6. ff. de jureiur. Afflict. decis. 381. num. 2.* nec sufficit impleri per æquipollens, alioqui mutaretur autoritate propria de vno in aliud, *Afflict. decis. 163. num. 3. Natta consil. 368. num. 5. tom. 2.* At frustrator, qui non fecit aut soluit intra terminum, offerendo posteà nequit in forma specifica siue ad vnguem seruare juramentum, cum terminus, qui procul dubio de forma fuit, pridem præterierit, & semper verum sit, in termino, siue intra terminum non esse factum siue solutum, *l. Celsus, in pr. ff. de rec. arb.* Sed & vbi terminus impletioni non fuit assignatus, dici vix potest, oblatione post moram facta juramentum ad vnguem seruari, cum debitor in rei veritate juramento contrauenerit, multoq; serius offerat, quam requirit obligationis natura, secundum quam regulatur & intelligitur juramentum, *l. vlt. C. de non nu. pec. c. quemadm. de jureiu.* ac debitor post moram demum commissam sit paratus implere, quod ante moram ab eo dari fieriue debuisset: Quare in obligatione jurata moræ purgationi locus esse nequit. Quintò: Rigor juris æquitati non scriptæ prævalere siue præferri debet ac solet, *l. prospexit, ff. qui & à quib. manum. l. placuit, vbi not. per Dd. C. de judic. Alex. in d. l. si insulam, n. 24. ff. de verb. obli.* Certum autem, de rigore juris ne quidem in obligatione simplici, nedum in juramento moram purgari posse. *l. si seruum, §. sequitur, vbi Dd. ff. de verb. oblig.* nec jure nostro permissa reperitur ex æquo & bono illius emendatio, prêterquam in obligatione simplici, vt liquet ex *d. §. sequitur,* & cœteris legibus moræ purgationem admittentibus, & ab obligatione juramentũ esse quam maxime diuersum nemo negauerit. Quare quod in illa duntaxat reperitur permissum, ad juramentum extendi siue trahi minime debebit, sed in eo rigori juris omnino standũ erit. Sextò: Æquitate, propter quam licet purgare moram, cessante, par est, vt morę quoq; purgatio cesset, *c. cum cessante, de appell. cum concor.* At cum in eo quis moram fecit, ad quod non tantum obligatione, sed & juramento sese astrinxit, cessare videtur æquitas, cum non modo moratus, sed & juramentum transgressus fuerit, tamq; grauiter peccantem siue delinquentẽ, vt legis auxilio sit indignus, *c. cum vniuersorum, vers. cum igitur, de rer. permut. c. inter dilectos, vers. quia non deceptorib. de donat. c. quia frustra, de vsur.* tam facile quam simplicem moratorũ incommodis & pœnis probe meritis liberari, minime dictet æquitas, imo ratio juris vel maxime repugnet, quæ delinquentem, quo grauius peccat, eo maiore pœna plectendum censet, *l. respi-*

l. respiciendum, l. capitalium, §. solent, ff. de pæn. Quocirca vel hac de caussa iuramentum emendationem moræ non admittet. Septimò: Iuramentum simul atq; fuit interpositum, efficit, ne pœnitere possit is, cui alioqui licuisset adhuc pœnitere, *vt est gl. not. in l. si pecuniam, ff. de condict. ob causs. quam sequuntur ibid. Dd. &* communiter *approbatam dicit Ripa in c. 1. nu. 59. de iudic. Corset. de iureiur. vers. secundum priuilegium, num. 29.* communem *dicens. Bologinet. in d. l. si insul. num. 228. Natta consil. 381. nu. 4. & 5. tom. 2. Gabr. Roman. plures referens lib. 2. commun. concl. t. de iurei. concl. 9. num. 1.* Multo minus igitur, postquam iuramento quis contrauenit, pœnitere licebit, nimisq; sera oblatione illius, quod pridem dari fieriue debuisset, pœnas meritas effugere. Octauò: si non minus in obligatione iurata, quam simplici moram purgare liceret, iuramentum frustra foret adhibitum, nec quicquam operaretur, imo pœnas non implenti iuramentum *ind. l. si quis mai.* impositas, nunquam non effugere liceret: Sive enim super obligatione dandi mora committeretur, non modo ante, sed etiam post litem contestatam, quandocunque liberet, mora purgari posset, per ea quæ limit. 3. dicta fuere. Sive super obligatione faciendi vel pœnali, moram quidem quo ad euitandam præstationem eius quod interest, aut pœnæ conuentionalis purgare non liceret, nisi vsq; ad litem contestatam, sed hoc non aliam ob caussam vsuveniret, quam quia litis contestatione tacite sese reus ad interesse pœnamve petitam, si fuerit secundum actorem iudicatum, astringit, vt d. lim. 3. fuit ostensum; quæ ratio sicut in pœna conventionali & interesse modo procedit, ita efficit, vt litis contestatio duntaxat illorum respectu moræ purgationem inhibeat, non etiam respectu pœnarum legalium, super quibus litis contestatio facta non est, nec fieri potuisset, cum admittentes moræ purgationem super obligatione iurata, frustratorem eas non incurrere fateantur, quamdiu moræ purgandæ facultatem habet. At consequens illud est absurdum, cum delinquenti non debeat vlla relinqui occasio eludendi pœnas legis, nec iuramentum frustra præsumatur appositum, *l. si quando, ff. de lega. 1. Crauet. consil. 102. Menoch. consil. 84. n. 44. lib. 1.* quin potius in dubio sit intelligendum, vt aliquid operetur, *l. cum pater, §. filius matrem, ff. de legat. 2. Ripa in c. 1. num. 59. de iudic.* Nonò: Moræ purgatio non admittitur, nisi cum adhuc omnia in integro sunt, *l. illud, ff. de peric. & com. rei ven. l. si in lege, §. colonus, ff. loca. l. mancipior. ff. de opt. lega.* Constat autem frustratorem eo ipso, quod moram super obligatione iurata committit, pariter etiam iuramento contra venire, *c. querelam, c. breui, de iurei. d. l. si quis maior,* & postquam iuramento proprio quis contra venit, dici vix potest, adhuc omnia in integro esse. Proinde moræ purgatio tali casu non erit admittenda. Decimò: Renunciatione tollitur facultas purgandi moram, vt ostensum lim. 4. Quisquis autem iurat seruare contractum, vel ei non contravenire, censetur eo ipso renunciare facultati purgandi moram, cum, quia præsumitur in genere cogitasse de quovis remedio obseruantiam contractus tollente aut labefactante, nec non quodlibet eorum exclusisse, *Alexan. consil. 133. lib. 5. Zas. consil. 20. numer. 29. & seqq. lib. 2.* & iuramentum omnimodo effectum habere, cum in genere cogitatum fuisse creditur, respondit *Curt. Iun. consil. 47. in fin. & consil. 63. numer. 5. Menoch. consil. 37. numer. 84. lib. 1.* nec inficiari quisquam potest, facultatem purgandi moram in remedijs contractus obseruantiam labefactantibus locum tenere non postremum, *l. 1. ff. de penu lega. d. l. si insul. l. continuus, §. item qui insul. ff. de verb. oblig.* tum, quod huiusmodi iuramentum vim habet specialis & expressæ renunciationis, *secundum gl. in c. ex rescripto, post tex. ibid. vbi Dd. de iurei. Bald. in l. 1. q. 2. C. com-*

mod. Angel. in l. sen'um, C. qui test. fac. poss. Ripa in c. 1. n. 50. de judic. & in tr. de peste, c. 1. de privil. contract. n. 33. Gab. Rom. plurimos longa serie referens l. 6. 2. com. concl. 2. de jureiur. concl. 4. n. 1. Menoch. cons. 27. n. 8. plures alleg. lib. 1. Vndecimò: Pœnæ quibus est obnoxius, qui obligationem juratam cessauit implere, imponuntur à lege ratione delicti, videlicet, perjurij mediante mora commissi, *vt sentiunt Dd. in d. l. si quis maior, per tex. ibid. tradit q. præ cæteris ibi Alex. n. 7. Ias. n 26. Cagnol. n. 184. Curt. Sen. n. 42. & Bologn. n. 90.* Moræ vero purgatio non admittitur ad euitandas pœnas legales, quæ ratione delicti perpetrati sunt impositæ, *l. qui ea mente, vbi Bart. ff. de furt. l. 1. §. si rem depos. ff. depos. Dd. loc. rel.* Hinc igitur satis, opinor, constare, juranti facultatem purgandi moram non competere. Contrariam † tamen sententiam interpretum nonnulli ruentur & amplectuntur, alij quidem ex parte tantum, statuentes, in obligatione jurata moram non quidem quo ad euitandam infamiam & actionis priuationem, attamen quo ad reliquas pœnas purgari posse, *Castr. in d. l. si quis maior, n. 3. vbi Fra. Aret. n. 4.* qui cum in hac parte non alia de caussa dissentiant a communi, quam quod reliquas pœnas non ipso jure imponi, nec in eis executionem a lege fieri, arbitrantur, cuius contrarium esse verius, supra fuit ostensum, pater inde, ipsorum opinionem sustineri vix posse. Alij vero indistincte quo ad omnes pœnas & incommoda vitanda moræ purgationi locum esse contendentes, *vt censuit Petrus de Besutio in d. l. si insul. quem sequitur ibid. Bolognet. num. 228. & seqq. Loriot. in apic. 2. de mora, axio. 29. & in libell. de mora, §. sed vsq. vers. octauo, Berous in c. potuit, de locat.* Mouentur primò: Quia juramentum à partibus ea procul dubio fuit intentione appositum, vt debitor eo fortius astringatur, vrgeatur atq; compellatur ad dandum faciendum, quod in obligationem juratam deductũ, & idipsum creditor omnimodo consequatur: Iuramentum enim ad illud jurantem

121

præcisè obligat, adeoq; efficit, vt etiam in obligationibus faciendi quis liberari nequeat præstando interesse, sed præcise facere teneatur, *gl. communiter approbata in l. si pecuniam, vbi Dd. ff. de cond. ob causs. Brun. cons. 59. n. 4. Rubeus cons. 29. nu. 6. Gozad. consil. 32. lib. 1. Menoch. consil. 27. n. 9.* Quare cum ex appositione juramenti constet, partes cum primis voluisse obligationis impletionem omnimodo fieri, & per moræ purgationem illa impleatur, consequitur, contrahentes juramenti appositione moræ purgationem nõ excludere, sed potius includere voluisse: quæ partiũ voluntas in juramentis potissimum venit attendenda, *c. venientes, c. penul. de jureiur.* Sed responderi potest negando, moræ purgatione debitam & sufficientem obligationis impletionem fieri, siquidem non minus obligatione continentur pœna conventionalis & interesse, quæ cum post morã partes præstari voluerint, vtiq; mora semel facta illius, quod citra moram contrahentes dari fieriue voluerunt, oblatione nequit amplius impleri obligatio. Nec ad rem facit, quod jurans compelli præcise potest ad faciendũ: post moram enim nihilominus ad interesse pœnamve obligatione comprehensam tenetur, & remanet in electione sive arbitrio creditoris, ad factum vrgere frustratorem, an interesse vel pœnam exigere malit. Sed etsi simplex obligatio dandi sit, tamen cum contrahentes juris communis dispositioni sese cõformasse intelligantur, & voluisse, vt post moram pœnæ legis omnimodo sibi locũ vendicent, moræ purgatione neutiquam satisfieri videtur obligationi & voluntati contrahentium conformatę juri communi. Quinimo licet concederetur, moræ purgatione impleri obligationem, tamen ex appositione juramenti nulla ratione inferri posset, partes in obligatione jurata moræ purgationi locum relinquere voluisse, cum etiam exclusa moræ purgatione possit æque impleri obligatio. Sive enim subsit obligatio dandi, siue faciendi, frustra-

frustrator quidem pœnis legis erit obnoxius, & facultate purgandi moram destitutus, non tamen liberabitur obligatione principali, sed factum sive rem, aut pœnam vel interesse, quod obligatione continetur, etiamnum præstare tenebitur alteri parti, quæ semel acquisitam ex obligatione actionem nō amittit propter eas, quibus juramento contraveniens ex legis dispositione coërcetur, pœnas, vt ex *d. l. si quis maior, ibi, restituta pœna*, clarè liquet. Deniq; non incommodè dici potest, contrahentes juramentū ea quidem intentione apposuisse, vt quod primario fuit in obligationem deductum, omnimodo citra moram detur, aut fiat, non tamen æque voluisse, vt idipsum etiam post moram ad euitandam pœnam sive legalem, sive conventionalem detur aut fiat, sed potius contrarium: hanc enim ipsorum fuisse protinus ab initio sententiam vel ex eo liquet, quod pœnam obligationis adjecerunt, quam post moram præstari voluerunt, vel si pœnam non præstituerunt, pœnis tamen legalibus frustratorem obnoxium fieri voluisse censentur, siquidem juris communis dispositioni, quæ *in d. l. si quis maior*, quoad propositum nostrū habetur, sese conformasse, illudq; voluisse intelliguntur, quod jus commune vult, *l. si Rufin. C. de test. mil. l. sed nisi hoc, junc. gl. ff. de jure dot. Bart. & Dd. in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. Schrad. & per eum allegati in tr. feud. p. 10. sec. 1. n. 44.* Secundò Bolognetus argumentatur: Si propter juramentum impediretur moræ purgatio, induceretur apparenter perjurii, quod non incurreretur, si admitteretur purgatio: Consequens videtur absurdum, nec voluntati contrahentiū consentaneum, præsertim cum in dubio sit præsumendum, jurantem noluisse incidere in delictum, *d. c. venientes, & c. penul. de jureiu.* Igitur & antecedens. Sed negatur consequentia, cum, quia protinus vbi mora committitur, perjurium pariter inducitur, non autem tum demū, quando tempus purgationi moræ alioqui de jure præstitutum præterijt, vt perperam *Bolognet.* opinatur: tum, quia non minus obligatio jurata seruanda venit, etiamsi pœnas legis probe meritas effugere minime liceat, quam seruaretur admissa moræ purgatione, vt modo dictum. Tertiò: Iuramentum regulatur & intelligitur secundum naturam act9, cui adhibetur, *c. per tuas, de arb. l. sed etsi possessor, §. item si juramento, vers. sed etsi, ff. de jureiu. Curt. Iun. in d. l. si quis maior, n. 3. C. de transact. Gomez. in §. item si quis postul. n. 7. inst. de act. Late Couar. in c. quamvis, p. 1. §. 4. n. 1. 2. de pac. in 6. & plures longa serie recenset Gabr. Roman. lib. 2. com. concl. t. de jureiu. concl. 10. n. 1.* Obligationis autem, cui juramentum adjicitur, ea dignoscitur esse natura, vt pœna non ante præcise debeatur, quam tempus purgandi moram præterierit, *l. 1. ff. de penu lega. cum simil.* Igitur appositum juramentum secundum hanc obligationis naturam erit accipiendum. Sed præterquam quod hæc ratio saltem procedit in obligatione pœnali, & quidem ea, quæ diem non habeat, responderi post cum Iasone & Bolognetto ipso *in d. l. si insul. n. 224.* quod juramentum intelligitur secundum naturam act9, cum deficit consensus, vel est certo modo limitatus: tunc enim eodem modo in juramento consensus deficere vel esse limitatus intelligitur, *Bart. in l. si quis pro eo, nu. 15. ff. de fidejussor. Bald. in l. 1. nu. 3. C. commod. Ioan. de Imol. in c. per tuas, de arb. Iason in d. l. si insul. n. 35. Cagnol. in d. l. si quis maior, n. 52. Crauet. consil. 102. num. 7. Rolan. consil. 77. n. 23. lib. 1. Menoch. consil. 34. nu. 34. lib. 1.* hic autem consensus non est limitatus, neciu eo subest defectus, cum pœna per moram illico fuerit commissa, strictoq; jure præcise debeatur, saltem ex æquitate jus nostrum eius, quod sine mora dari fierive debuisset, oblationem ipsam euitari, moramque purgari permittat, *l. si seruum, §. sequitur, vbi Dd. ff. de verb. oblig. Dauch. in d. l. si insul. n. 3.* Adde, quod juramentum intelligitur secundum naturam actus primordialem, vt Dd. loquuntur, non

autem accidentalem, *l. item veniunt. §. cum prædiximus, vbi Bart. ff. de petit. hæred. Areti. in c. 1. vbi Decius nu. 23. Alciat. n. 46. Ripa n. 57. verſ. tertio, de iudic. Iaſ. in l. ſi conuenerit, n. 8. ff. de iuriſd. Ripa in d. l. ſi inſul. n. 91. Couarr. in c. quamuis, p. 1. §. 4. in pr. n. 1. de pact. in 6. Ioan. Cutterius de contractib. iuratis, c. 37. n. 3. dicens* communem & receptam *ſententiam, Gab. Rom. & per eum relati lib. 2, 8. de iureiur. concl. 10. n. 3. Crauet. conſ. 102. n. 1. Rolan. à Valle conſ. 6. n. 37. lib. 1. Menoch. conſ. 84. nu. 36. lib. 1.* Eſt autem purgatio moræ de obligationis natura ſaltem accidentali, *Bald. in l. 1. n. 1. verſ. quædam autem, C. commod. Menoc. d. conſ. 84. n. 20.* quia licet ex permiſsione legis æquitatem rigori præferentis competat, non tamen in primordio contractus eum ipſa obligatione debitori actu acquiritur, ſed ex accidenti demum ſupervenit, cum fieri mora cœpit, perinde vt *in d. §. cum prædiximus*, incrementum actionis duntaxat eſt de natura eius accidentali, quia creſcit quidem actio ſecundum legis diſpoſitionem, ſed ex accidenti, propter inficiationem ſupervenientem, *§. ſed furti, inſt. de actionib.* Quartò: Iuramentum recipit omnes qualitates, conditiones, & limitationes eius actus, cui apponitur, *c. quemadmodum, vbi Panor. & reliqui Dd. de iureiur. l. vlt. vbi Dd. C. de non nu. pec. Dec. in l. 2. §. creditum, n. 38. ff. ſi cer. peta. Ripa, in l. ſi vnquam, n. 5. C. de reuoc. donat.* & vt obligatio pœnalis habet conditionem, ſi non fuerint obſeruata promiſſa, ita iuramentum recipit eandem, reſpectu ſcilicet pœnarum conventione vel diſpoſitione legis præſtitutarum, vt liquet ex *d. l. ſi quis maior, vbi Dd.* Quare cum conditio recipiat hanc qualitatem, vt debeat tranſiuiſſe tempus, quo amplius obſeruatio fieri non poſsit, quia per ſimplicem moram non dicitur eſſe in obſeruantia plena, ſed quis incipit nolle obſeruare, & forſan ſciens durare jus ſuum, non curauit illico ſatisfacere, *Bolognet. in d. l. ſi inſul. num. 230.* conſequens eſt, iuramentum etiam eandem qualitatem admittere, ac proinde non obſtare, quo minus ad effugiendas pœnas & incommoda futuri temporis moram purgare liceat, idq; vel eo magis, cum hæc qualitas purgationis augeat obſeruantiam [illegible] iuramenti, & faciat, ne quis incidat in perjurium, *Bolognet. loc. rel.* Verum quia ſuperius circa inductionem *d. l. ſi quis maior*, oſtenſum, conditionem exiſtere per ſimplicem moram, cuius contrarium hic pro fundamento ſupponitur, concedat oportet argumentatio. Quod ſi maxime replicetur, conditionē licet exiſtat, moræ tamen admittere purgationem, etiamnū reſponderi poteſt, cum 1. quod juramentum non ipſi conditioni, ſed principali diſpoſitioni apponatur, proinde nec mirū, ſi qualitatem conditionis haud recipiat: tum, 2. quod iſthæc qualitas non in conſenſu, aliiſve ſubſtantiam obligationis, cui juramentum apponitur, conſtituentibus conſiſtat, ſed exteriora modo ſive forinſecus accidentia, moram nempe, concernat, & juramentum eas modo qualitates recipiat, quæ conſenſum aliaue principalis obligationis requiſita ſubſtantialia concernunt, vt liquet ex *d. c. quemadmodum, & d. l. vlt. tradita præ cæteris Bolognet. ipſe in d. l. ſi inſul. n. 224.* tum, 3. quod hæc qualitas ex natura obligationis duntaxat accidentali, non autem primordiali dependet, & juramentum ea non recipere, quæ de natura obligationis accidentali ſunt, ex prædictis liquet: tum, 4. quod modum exequendi concernat iſta qualitas, & juramentum non recipit eas qualitates, quæ modum exequendi recipiunt, quia per juramentum ſolet alterari modus exequendi obligationem, & fortius obligari debitor, vt metu perjurij timoreq; pœnæ omnimodo poſt morā ſemel commiſſam ſoluendæ obſeruare promiſſa compellatur, *Bolognet. loc. rel.* Quintò mouetur Bolognet. quia Dd. admittunt, juramentū non excludere moræ purgationem ſubſiſtente juſta cauſſa purgandi moram, *Angel. in l. et ſi poſt tres, ff. ſi quis caut. Ipa. de Imo. in d. l. ſi inſul. n. 19*

n. 19. Dec. cons. 138. n. 8. quod cum nequeat esse verum in terminis Dd. necesse est, vt intelligatur de justa caussa fundata in æquitate, propter quam purgatio moræ regulariter admittitur, l. si seruum, §. sequitur, ff. de verbor. oblig. Sed parum valet hæc ratio, vnius & alterius interpretis autoritati saltem innixa. Nec assertio Ang. & Imol. Decijq; vera est, sed merito repudiata per Alex. in d. l. si insul. n. 37. & Ripam n. 92. cum, quia l. vlt. ff. qui satisd. cog. & l. vlt. ff. ad municip. quas pro fundamento adducunt, nihil probant, siquidem illa non de mora, sed judicij desertione loquitur, nec de admittenda moræ purgatione tractat, sed nullatenus esse commissum perjurium docet: multo minus in hac de mora vel eius purgatione agitur, sed de eo duntaxat, cui contrarium eius quod jurauerat, facere licet ob gratiam jurisjurandi ab Impp ei factam: tum, quia siue intellexerunt justam caussam mora nondum commissa subsistentem, propter quam impeditur jurans, quo minus dici lapsu vel à creditore interpellatus dare facere possit, constat, nec moram committi, l. quod te, ff. si cer. pet. l. cum quidam, §. si pupillo, ff. de vsur. nec perjurium, c. querelam, & c. breui, de jureiur. & vbi nulla mora, ibi nec emendatio moræ, arg. l. decem, ff. de verb. oblig. Sive mora demum & perjurio commisso succedentem, non ea potis est efficere, vt admittatur moræ purgatio, cum potius impediat eandem, efficiendo, ne dari fierive possit, quod obligatione principali continebatur, certumq; sic, difficultatem & impedimentum, casum quoq; fortuitum, si post moram superveniat, nullam frustratori excusationem tribuere. l. quod te, ff. si cer. peta. l. si seruus, §. si seruus, ff. de lega. 1. l. si ex legati, ff. de verb. oblig. Quod si per justam caussam forte intellexerunt æquitatem, communem sententiam, quam cum cœteris tuentur eo ipso destruxerunt, quia si æquitatis, quæ moræ purgationem in obligatione simplici suadet admittendam, tanta vis esset, vt etiam in obligatione jurata moræ purgationi locum faceret, consequens foret, regulariter etiam in obligatione jurata moram purgari posse, quia semper illa subesse videretur æquitas, l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. obl. Ripa in d. l. si insul. n. 92. Sexto: Iuris Canonici interpretationi in materia juramenti sine dubio standum, cum in ea jus Canonicum ciuili prævaleat, c. clerici, c. nouit, de judic. c. cum contingat, de jureiu. c. 1. de noui op. nunc. vbiq; Dd. Ias. in auth. sacram. pub. nu. 24. C. si aduers. vend. Riminal. in pr. inst. quib. mo. alie. lic. Ius autem Canonicum sic interpretatur juramentum obligationi appositum, ne per illud excludatur moræ purgatio, quia cum actoris nõ interest, æquitas Canonica semper admittit moræ purgationem in obligatione jurata, gl. in c. apud misericordem, 32. q. 1. & in c. beatus, 22. q. 2. Bald. in l. qui crimen, q. 11. C. qui accusar. Ant. de Butr. & Ioan. de Imol. in c. dilecti, de arbit. Alex. in d. l. si quis maior, nu. 7. vbi Ias. n. 26. Purpal. not. 23. & Cagnol. n. 155. dicens mitiorem & benigniorem, C. de pact. Gab. Roma. lib. 3. com. concl. t. de transact. concl. 1. n. 12. qui plures allegat, magisque communem dicit. Adducitur pro ea tex. c. suam, de pœnis, & illa theorica, quod lex civilis etiamsi non reprobetur ab Ecclesia, nec contineat peccatum, si tamen importet lucrum proximo odiosum, vel rigorem quendam, non sit seruanda in foro Canonico contentioso, Panor. in c. filius, not. 4. per tex. ibid. de testa. Felin. in c. Ecclesia S. Mariæ, de constit. Cagnol. in d. l. si quis maior, n. 157. Erit igitur huic interpretationi juris Canonici standum, ac per consequens in obligatione jurata moræ purgatio regulariter admittenda. Sed verius esse videtur, ne quidem ex æquitate Canonica in jurata obligatione moræ purgationem admitti, vt sensit Alex. in d. l. si insulam, n. 38. vbi Ripa num. 93. Idem Ripa in l. vlt. q. 32. num. 112. C. de reuoc. donat. Abb. in c. 1. de jureiu. Lud. Roman. sing. 444. & cons. 427. Socin. consil. 18. volum. 1. Decius consil. 452. num. 14. & 15. Parisius consil. 19. vol. 2.

Cornens cons. 121. vol. 1. & cons. 40. vol. 4. Gozad. cons. 57. Decian. consi. 10. n. 5. & 6. vol. 1. Lancell. Dec. in d. l. si quis maior, vbi Bolog. ipse nu. 92. Bertach. ver. mora purgatur, vers. 49. Gab. Roma. d. concl. n. 13. Andr. Fachinens lib. 1. controu. c. 13. tum, quia jure Canonico nullibi dispositum reperitur, ex æquitate Canonica moræ purgationi locum esse in obligatione jurata; proinde seruanda est etiam in foro canonico contētioso sine terris Ecclesiæ dispositio *d. l. si quis maior*, cum jus ciuile sit etjam inter clericos, & in terris Ecclesiæ seruandum, quoties contrarium non fuit jure Canonico dispositum, *c. 1. & 2. de no. oper. nunc.* Tum, quod adductæ pro communi sententia rationes non minus procedere videntur de jure Canonico, quam de jure ciuili, præsertim cum jus Canonicū longe magis, quam jus ciuile auersetur periurium, quod per moram induci constat. Tum per text. *c. breui*, & inprimis *c. querelam, de jurei.* vbi moram de jure Canonico purgari licere tantum abest, vt etiam grauiore pœna frustrator plectatur, & beneficiis Ecclesiasticis priuetur, nec à perjurio excusetur, nisi necessitate siue difficultate præpeditus cessauerit. Tum, quia sanctionis Canonicæ beneficio siue auxilio sese indignum reddidit, qui violata per moram jurisiurandi religione committit in eandem, *c. quia frustra, & ibi not. per Dd. de vsur. Abb. in c. 1. de jureiu.* Nec obstat *d. c. suam*, quia longe diuersis loquitur in terminis, cum nec juramentum interuenerit, quod vbi fuit appositū, grauius proculdubio peccatur non præcise & in totum obseruando, quā vbi simplex mora committitur, & debitor intra terminum pene totum debitum soluerit, in modica duntaxat parte moram commiserit; propter quam cum vrgeri ad soluendam pœnam, & quidem integram, fortique propemodum æqualem oppidò fuisset iniquum. Altera vero theorica, vt posset aliás procedere, certe sustineri vix potest, vbi delicti grauitas & frequentia, qualis esse dignoscitur periurij super obligatione jurata cōmissi, tantam juris ciuilis omnimodo desiderat seueritatem, *l. aut facta, §. vlt. ff. de pœn.* tunc enim peræque vel magis etiam jus Canonicū, quippe quod delicta præsertim enormia vel dies latius grassantia multo magis auersatur, requirit seueram coercitionem, rigoremque seruat, *c. 1. c. calumniam, c. quod in dubiis, c. in quibusdam, ibi, per seueritatem Canonicam, de pœnis*, & grauitate pœnæ deterriti deinceps huiusmodi delicta vitent, *d. l. aut facta, §. vlt.* Septimo: Verisimile non est, jurantem, si fuisset interrogatus, an velit præcise ad pœnam teneri, & excludere facultatem purgandi moram, affirmatiue responsurum fuisse: proinde consensus ipsius videtur esse limitatus, vt mora non obstante juramento purgari possit, eaq; ratione pœna *d. l. si quis maior*, euitetur, *ita Bolog. in d. l. si insul. n. 224.* Sed negatur antecedens, quia cum juramentum præcisam requirat obseruantiam, & ad vnguem debeat impleri, probatamque sit paulo ante, moræ purgationem non inducere præcisam obseruantiam, sed labefactare potius, nec per eam juramentum contraventione semel violatum ad vnguem impleri, longe verisimilius est, cum ad pœnas præcise teneri, moræque purgationem exclusam esse voluisse. Quin etiamsi verisimilius esset, interrogatum fuisse responsurum, quod ad pœnas præcise teneri, moræq; purgationem excludere nolit, tamen id in proposito vel hac de caussa non foret attendendum, quia manifesta est in contrarium dispositio juris ad pœnas lege vel conuentione præstitutas cessantem obligationi juratæ satisfacere præcise obligant, moræque purgationem excludentis, *d. l. si quis maior, d. c. querelam, & c. breui*, & contrahentes omnimodo censentur contraxisse secundum dispositionem legis de illo contractu loquentis, *l. si duo, ff. de acquir. her. l. si Rufin. C. de testam. mil. Ripa in l. 4. §. Cato, n. 35. ff. de verb. oblig.*

122 *obl.* Et † dictis igitur abunde liquet, veriorem esse communem sententiam, quæ tamen limitatur primò non procedere, si mora modico tempore durasset, nec inde quicquam damni creditor passus esset: tunc enim moræ quantumuis super obligatione jurata commissæ purgationem ex æquitate admitti oportere, censent *Bal. in l. cum ancillis, C. de incest. nupt. Galiaul. in rep. l. 4. §. Cato, ff. de verb. obl. Bologn. in d. l. si quis maior, n. 92. dicens, practicam in tota Italia videri recepisse istam temperantiam, C. de transact. Decian. consil. 10. nume. 9. vol. 1.* Nituntur *c. propter, in fin. & c. potuit, de loca. l. etsi post tres, ff. si quis caut. l. si ita quis, §. Seia, ff. de ver. obl. l. si in lege, §. colonus, vers. quod si paucis, ff. locat.* Sed hæc restrictio licet non iniqua videatur, si tamen quid in rei veritate sit juri consentaneum, spectes, tuta non est, vt *Bolog. ipse loco præcit.* tandem fatetur: Præterquam enim quod allegata jura de obligatione jurata minime loquuntur, etiã ex his, quæ sup. ampl. 3. ad vnumquemq; textum separatim respondimus, liquido patet, ea restrictionem huiusmodi neutiquã probare. Sed & text. atq; fũdamenta sententiæ cõmunis indistincte sibi locum vendicant, siue modico siue longo tempore quis in mora fuerit, cum non duratio demũ, sed inchoatio moræ periurium protinus inducat: quo admisso, confestim ipso jure facta est executio á lege, nec pœnas ei præstitutas amplius effugere licet. Secun-
123 do † restringitur, ne procedat in eo, qui propemodum in totum obligationi juratæ satisfecit, in modico saltem residuo cessauit: hic enim offerendo siue præstando modicum quod superest, & pœnas incõmoda futuri temporis evitat, vt præ cœteris tenuit *Ripa in d. l. si ins. n. 93. & in l. ult. n. 112. C. de reuoc. donat. Bolog. in d. l. si quis maior, nu. 93. & 99. Gab. Roma. lib. 3. titul. de transact. concl. 1. num. 19. sensitq; Alciat. in d. l. si quis maior, & ibid. Cagnol. nu. 152. Crauet. cons. 182. Decian. consil. 10. nu. 7. vol. 1.* Tum, 1. per *tex. c. suam, de pœn.* qui licet minime de obligatione jurata loquatur, tamen in facti specie refert obligationem, quæ diem & pœnã habet, ac propter adiectionem diei & pœnæ non minus, quam illa propter juramentum, excludit moræ purgationem: Quare cum *in d. c.* Pontifex aperte decidat, si modicum supersit, in quo mora fiat, illius oblatione siue præstatione moram purgari posse tũ quoq;, cum alioqui de jure purgare minime licet, consequitur, etiam in obligatione jurata modici residui oblatione siue præstatione morã purgari, pœnasq; vitari licere: Tum, 2. quia debitor, cum in totum pene seruarit juramentum, in modici residui præstatione non tam culpa sua cessasse, quã difficultate vel alia caussa non iniusta præpeditus fuisse censetur, quandoquidem verisimile non est, eum qui sine mora totum pene soluit, non æque sine mora modicum quod superest, soluturum fuisse, si potuisset, aut hoc quoq; soluendum esse sciuisset: quo fit, vt mora in modico residuo inculpata esse videatur, eoq; nec periurium in eo vere commissum censeri debeat: Cuius porro consequens est, *tex. d. l. si quis maior, d. c. querelam, & d. c. breui,* tali casu vix locũ sibi vendicare, proinde nihil obstare, quo minus etiamnũ offerendo siue præstando modicũ quod superest, sese omnimodo liberet. Tũ, 3. quod alioqui delictum, si maxime subesset aliquod, pœna egrederetur, siquidem ob rem perexigui momenti non æque sine mora solutam nihil juranti ad effugiẽdas pœnas a jure præstitutas prodesset in cœteris omnibus oblig. paruisse, juramentum seruasse, verũ infamia notaretur, actione privaretur, rerum proprietate pariter & emolumento carere cogeretur, quod videtur iniquum, & contra *l. rescript. ff. de his quæ vt indign. cum simil.* Tum, 4. quod ea debeat in dubio interpretatio fieri, per quam fraus siue delictum excludatur & euitetur, *l. merito, ff. pro soc. c. estote, ubi Panorm. & reliqui, de reg. jur. glos. in c. absit, 11. q. 3. Ripa in l. dotis caussa, n. 108. ff. solut. matr. Deci. cons. 278. Zas. cons. 16. num. 136. & 138. lib. 1.*

& in

& in pœnis regulariter interpretatio sive sententia mitior sit præferenda, *c. in pœnis, ubi Dd. de regu. jur. in 6. l. interpretatione, ff. de pœnis*, & in dubio faciendam esse interpretationem, ne dispositioni *d. l. si quis maior*, sit locus, censet *Grat. cons. 121. vol. 2. Gab. Roma. d.*
124 *concl. 1. num. 73.* Tertio † limitatur, ne procedat, quando actor etiamnum agit ad hoc ipsum, in quo moram committit jurans: tunc enim omnino admitti moræ purgationem, censet præ cœteris *Bolog. in d. l. si insf. n. 235. vers. secundum casum, per ea quæ notat Bart. ibid. nu. 12. & reliqui Dd. & tex. in l. Celsus, in pr. vers. si autem, ff. de recep. arbit.* Sed hæc Bolognèti restrictio sustineri vix potest, nisi quoad euitandam præstationem eius, quod loco illius, super quo mora facta fuit, ob moram soluendū venit, pœnæ puta conuentionalis aut interesse intrinseci, hoc est, æstimationis facti post moram petiti, ne bis idem contra bonam fidem in effectu exigatur, *l. bona fides, 58. ff. de regul. jur.* Pœnas enim *in d. l. si quis maior*, impositas non euitari, quantumuis id petatur, in quo jurans moram fecit, censuit post alios *Cagn. in d. l. si quis maior, n. 139. cum seqq. & maxime n. 143. per tex. ibid. ubi etiam Parpal. & Bolognet. ipso numer. 70. & 81. Corne. consilio 179. volum. 2. Aym. cons. 151. nume. 8. Gab. Rom. d. concl. 1. n. 46. & sentire Bart. & Dd. in d. l. si quis maior*, dum juramentum habere vim clausulæ *rato manente pacto*, ex textu ibidem colligunt, & communiter statuunt teste *Bologn. n. 68. & 72.* Quarto † restringi debet, ne proce- 125
dat in juramento assertorio, quo contrahens non jurauit observare contractum, siue, obligationi non contrauenire, sed solummodo juravit, omnia, quæ nempe instrumento contractus compræhensa sunt, fuisse & esse vera: tunc enim eo juramento nec quicquam obstante, moram purgare, futuriq; temporis periculum vitare licebit, *ut traust præ cæteris Ripa in d. l. si insul. n. 94. & in d. l. vlt. n. 112. C. de revoc. dona.* nec immerito quidem, quia non implendo, siue cessando dare facere debitor haud quaquam contravenit huiusmodi juramento assertorio, siquidem non jurauit, se daturum facturum, sed juratò saltem asseruit, se promisisse dare facere, nec minus post, quam ante moram vera remanent, quæ fuisse & esse vera juravit: proinde cū in tali casu mora mediante non inducatur violatio siue transgressio juramenti, nihil obstat, quo minus moram ex æquo & bono adhuc emendare liceat, *l. si seruum. §. sequitur, ff. de verbor. obligation. cum similibus.*

EXERCITATIO DECIMASEXTA.

De æstimatione ad tempus interitus reducenda.

SUMMARIA.

1. *Quoties interitu rei non liberatur debitor, peremta res tanti æstimanda, quanti tempore interitus valuit.*
2. *Etiamsi per ipsum non steterit, quo minus daret.*
3. *Aut ex re peremta sit alia res facta.*
4. *Ex eo tempore, quo res alteri sic unita fuit, ut peti nequeat, pretium eius æstimandum.*
5. *Ex tempore, quo res communi commercio eximitur, pretium eius æstimandum.*
6. *Æstimatio partis rei ad tempus interitus est referenda.*
7. *Variatio valoris circa res eiusdem generis & bonitatis postea contingens non attenditur.*
8. *Cum post interitum rei purgatur mora, æstimatio, quæ tempore interitus erat, offerenda est.*

9. Con-

9. *Confirmatur sententia communis, post interitum purgari posse moram æstimationis oblatione, præsertim ad euitandam pœnam.*
10. *Rationes contrariæ sententiæ proferuntur ac diluuntur.*
11. *Aestimationis oblatio nihil ad pœnam euitandam ei prodest, qui rem peremit, quam alteri sese debere nouerat.*
12. *Rei quæ facto, adeoq; dolo debitoris interit, æstimatio ad tempus interitus referenda.*
13. *Aestimatio fructuum, qui consumtione deberi desierunt, ad tempus consumtionis referenda.*
14. *Fructus quando consumtione deberi desinant.*
15. *Fructus à malæ fidei possessore consumti neutiquam deberi desinunt.*
16. *Franc. Aretini contraria sententia refellitur.*
17. *Refutatur assertio Castr. & Alexan. contendentium, æstimationem fructuum, qui consumtione deberi minime desinunt, crescere post consumtionem.*
18. *Contraria sententia defenditur tam in fructibus officio judicis debitis, quam in iis, qui jure actionis exigi possunt.*
19. *Si de tempore consumtionis haud constet, præstandum erit, quanti sub finem eius temporis vltra quod seruari sine corruptione bonitatis natiuæ nequiuerunt, fructus valuisse dignoscuntur.*
20. *Fructus plerique triennio durare sine corruptione solent.*
21. *Cur ad finem dicti temporis æstimatio fructuum reducenda sit.*
22. *Fructus post moram consumti æstimantur, quanti à tempore moræ usque ad consumtionem veram vel præsumtiuam plurimi fuerint.*
23. *Etiamsi duntaxat officio judicis veniant.*
24. *Fructuum percipiendorum æstimatio præstanda est, quæ toto proximo anno, post tempus, quo percipi debuerunt, frequentior & communior in foro fuit.*
25. *Moram solutioni fructuum percipiendorum faciens tenetur ad eorundem æstimationem quanti plurimi.*
26. *Fructuum in genere debitorum æstimatio crescit à tempore moræ usque ad executionem.*
27. *In æstimatione ineunda tempus interitus non stricte spectandum, sed ἐν πλάτει.*
28. *Mora interitum rei præcedente æstimatio ad anterius moræ durantis tempus, si tunc pluris fuit, est reducenda.*
29. *In actione legis Aquiliæ spectatur æstimatio, quanti anno vel diebus triginta proximis retrorsum computatis plurimi fuit.*



1 Irca tempus interitus pro regula tenendum, † quoties interitu rei non liberatur debitor, quo minus eius æstimationem præstare teneatur, tanti rem peremtam æstimandam esse, quanti tempore interitus valuisse deprehenditur, *vt est tex. not. in l. in hac, ubi Dd. ordinarie, ff. de trand. tritic. gl. in l. vinum, vbi Bart. n. 3. Cast. n. 3. Sal. nu. 17. Alexan. nu. 15. Picus n. 24. dicens sum Bar. cæteros* commun. *transire, Zas. n. 20. Ale. n. 34. Lortot. n. 41. Bol. n. 7. 65. & 68. ff. si certa pet. Bart. in l. 2. §. in hac, n. 14. ubi Cast. nu. 5. ff. commod. Boer. decis. 68. n. 2. Natta cons. 509. n. 4. tom. 1.* Nec sunt obscuræ conclusionis huius rationes: tunc enim loco rei, quæ propter interitum præstari posse desiit, succedit atq; debetur æstimatio, *l. item veniunt, §. vlt. ff. de petit. hære. l. in re furtiua, ff. de cond. fur. l. cum res, §. sed si Stich. v. qua ratione, ff. de leg. 1. l. si hæres rem, 63. ff. de lega. 2.* & regulariter ad id tempus æstimatio referri solet, quo rei loco succedit, deberique incipit, *l. ait lex, v. sed verum, ff. ad leg. Aq. l. qui autem, §. illud, ff. si quis cautio. l. ubi, §. is autem, ff. de eden. l. hominem, ff. man. l. fundum, ff. de nonat. l. Manius, §. in fundo, l. si quod ex Pamphila, ff. de lega. 2.* Rursus quo tempore interitus rei superuenit, eo nouissime potuit illa solui, & ex eo tempore quidq; æstimatur, quo

quo nouissime solui potuit, secundum regulam à Celso traditam *in l. si Calendis, ff. de re jud.* Denique siue res eiusdem bonitatis atq; valoris remãserit usque ad interitum, nemini dubium esse potest, ad tempus interitus æstimationem rectissime referri: Sive melior maiorisue pretij fuerit interitus tempore, quam tempore anteriore fuit, certe sicut omnino talis præstari debuisset, nisi rebus in humanis esse debuisset, *l. si à substituto, in fi. l. si legati, l. legatum, § fundus, ff. de lega. 1.* ita cum præstari posse desierit, eiusq; loco præstari debeat æstimatio, tanta illius, præstanda venit æstimatio, quanta tempore interitus fuisse dignoscitur, *l. item veniunt, §. ult. ff. de peti. here. l. quid ergo, §. sed si mortuum, ff. de lega. 1. & arg. l. si & rem, ff. de pet. her.* Siue sub id tempus deterior aut vilior fuerit, quam anteriore tempore fuit, propter eandem rationem ne tum quidem alia, quam quæ tempore interitus fuit, æstimatio deberi poterit, *l. fundum, vers. denią; ff. de nouat.* nisi propter moram aut culpam dolumne debitor effecerit, vt ad sese detrimentum rei ante interitum superveniens pertineret, *l. si servus, 108. §. si seruum, ff. de lega. 1. d. l. in hac, ff. de condic. tritic.*

2 Ampliatur ea primò: Quamvis† regulariter debitor non aliter post interitum rei debitæ teneatur, quam si per eum steterit, quo minus daret, *l. si ex legati, ff. de verb. obl.* quia tamen haud raro evenit, vt etiam citra moram culpamve suam quis post interitum rei teneatur ad æstimationem, tali quoque casu æstimatio ad tempus interitus erit omnimodo referenda, *vt sensere Dd. loc. rel.* & vltra *d. l. in hac*, adiectasq; rationes probatur etiam textu *l. si heres, 63. ff. de lega. 2.* vbi consumta per ignorantem hæredem relegata per actionem in factum legatario consulitur, vt indemnitas ei ab hærede præstetur: Indemnitas enim seruatur eius æstimationis præstatione, quanti res tempore consumtionis valebat, quia tantundem, nõ plus nec minus consecuturus erat, si res ab hærede non consumta, sed et tradita fuisset. Ad idem text. *in l. cum res, §. sed si Stichus, vers. qua ratione, ff. de lega. 1.* vbi si altera rerum alternatiue debitarum perierit, adhuc debitoris electioni permittitur, præstare rem residuam, aut peremtæ æstimationem: Rei autem peremtæ vix alia dici vel esse potest æstimatio, quam quæ tum fuit, cum res interiret: quare debitori non licebit aliam rei peremtæ, quam quę tempore interitus fuerit, æstimationem præstare.

Ampliat. 2. etiamsi res ita interierit, vt ex ea sit alia res facta, quam creditor nec personali nec reali actione petere siue consequi valeat: tali namque casu, si debitor, vt frequenter euenit, interitu rei non liberetur, eam peremtæ rei præstare tenetur æstimationem, quæ tempore interitus fuit, siquidem hoc ipsum requirit regula *d. l. in hac*, cui procul dubio standum, cum huiusmodi casus ab ea nullibi reperiatur exceptus, nec ratio reddi possit, cur in eo non idem obtinere debeat, imo rationes paulo ante considerata hic vel maxime sibi locum vendicent, proinde cum *d. l. si heres*, ad tempus interitus æstimationem referri oportere, luculenter evincant. 3

Ampliat. 3. etiamsi † res non interierit, sed alteri rei sic vnita fuerit, vt creditor eam nec personali nec reali actione consequi valeat; etenim, tum quoque verius est, pretium rei, quod cum exceptionis, tum in factum aut alterius actionis ope cõsequi potest creditor, *l. in rem, §. in omnibus §. item quæ, & §. tignum, ff. de rei vendic.* ex eo tempore, quo res alteri fuit vnita, æstimari oportere, tum, 1. quia licet adhuc res verè in rerum natura existat, tamen cum sub id tempus, quo fuit alteri tam arcte vnita, pristinam exuerit conditionem, separatim ac per sese existere, adeoque deberi, dominine prioris esse desierit, & alterius rei pars facta fuerit, in effectu perinde, ac si peremta foret, habenda videtur, 4

decur, vt non obscure Cassius & Paulus innuunt, dum partem ad eum, quem dixi, modum vnitam, aiunt vnitate maioris partis consumi, *d. l. in rem, §. item quacunq; vers. dicit enim*, nec non idem Paulus, dum arborem radicitus erutam, & in alio suo positam alio terrae alimento aliam factam esse censet *in l. sed si ex meis, §. arbor, ff. de acquir. rer. dom.* ac proinde non immerito debeat hic etiam obtinere regula *d. l. in hac.* Tum. 2. quia sub id tempus, quo alteri vniebatur, nouissime solvi potuit, & ex eo quidque tempore debet aestimari, quo nouissime solvi potuit, *l. si Calend. ff. de re iudic.* Tum. 3. quia tali casu, quoniam res ipsa peti nequit, nisi forte culpa debitoris aut dolus intervenisset, aestimatio sive pretium exigi potest iure actionis, sive sit in factum, *d. l. in rem, §. ideoq; d. l. si hares, ff. de legat. 2.* sive alia quapiam, *d. l. in rem, §. tignum, l. 1. ff. de tigno iunc.* Certi autem iuris, aestimationem, quae iure actionis exigi potest, ad id tempus esse referendam, quo in obligationem venit; sive deberi coepit, *l. homin. m. ff. mand. l. fundum, ff. de nouat. l. qui autem, §. illud, ff. si quis cautio. l. vbi, §. is autem, ff. de eden.* Quocirca cum sub id tempus, quo res alteri fuit vnita, deberi coeperit eius aestimatio, consequitur, ad idipsum tempus eam esse referendam. Tum, 4. quia non est ambigendum, eam rem, postquam alteri fuit vnita, non alterius, quam domini rei principalis, cuius pars esse coepit, periculo perire, vel deteriorem fieri, *l. pignus, C. de pignor. act. cum simil.* Rursus ante id tempus, quo vniebatur, periculo saltem creditoris deterior vilior q; fieri potuit, non debitoris, *l. is qui alienum, l. si seruum, ff. de verb. oblig. cum simil.* nisi in culpa, dolo vel mora fuerit, *d. l. is qui, d. l. si seruum, d. l. in hac, l. si seruus, §. si seruus, ff. de lega. 1.* Quare nihil aliud restat, quam vt aestimatio loco rei praestanda ad id tempus, quo res alteri vniebatur, solummodo referatur.

Ampl. IV. etiamsi res in sui substantia, & quidem separatim ac per sese remaneat, à communi commercio duntaxat eximatur, puta, si fiat sacra, religiosa, vel vsibus publicis in perpetuum destinetur, nihilominus vbi pretium ipsius loco propter intervenientem eiusmodi transmutationem praestandum venit, tanti debebit aestimari, quanti ea res exemtionis tempore valuit: cùm, quod iure nostro istiusmodi exemtio aequiparatur & aequipollet interitui, *l. inter, §. sacram, vbi Dd. ff. de verb. obligat. Bald. in l. Manius, §. in fundo, num. 12. ff. de legat. 2.* ac proinde sicut ad tempus interitus, ita peraeque sive non minus ad tempus exemtionis reducenda erit aestimatio, secundum regulam *d. l. in hac,* & fundamenta caetera paulo ante adducta: tum per tex. *l. Manius, §. in fundo, ff. de legat. 2.* vbi loci legati, quem haeres illatione mortui religiosum fecit, pretium Papinianus id praestandum censet, quo potuit ante sepulturam aestimari, non promiscue cuiuslibet ante sepulturam temporis aestimationem intelligens, alioqui nunquam inter haeredem & legatarium, de aestimatione conveniret, illo temporis eius, quo locus minimi valuisset ante sepulturam, aestimationem offerente, hoc aestimationem, quanti vnquam plurimi fuisset, desiderante, sed eius demum, quod proxime sepulturam praecessit; vel eo magis, cum in dubio relatio semper ad proxima fieri debeat, *l. si idem cum eodem, §. fin. vbi Dd. ff. de iurisd. l. 1. §. deinde, ff. de postul. cum simil.* 5

Ampl. V. Etiamsi pars rei duntaxat interierit, eius etiam aestimatio ad tempus interitus erit omnimodo referenda: cum, quia quae de tota re disposita repertuntur, eadem & de parte intelligenda veniunt, *l. quae de tota, ff. de rei vend.* ac proinde cum in rei totius aestimatione tempus interitus attendatur, idem in aestimatione partis erit attendendum: tum etiam per tex. *d. l. Manius, §. in fun-* 6

do, nominatim de fundi legati parte disponentem. Vbi pariter obseruandum, tali casu non solam per sese partem peremtam æstimari, sed ad totum rei pretium æstimationem referri oportere; vt ea peremtæ partis æstimatio præstetur, quam in toto habuisse dignoscitur, d. §. in fundo, & ibid. tradunt post alios Ioa. de Imol. n. 11. Castr. nu. 2. & 3. siquidem pars in toto plus valere solet, quam à toto separata, l. Mauius, in fin. ff. fam. herc. Bald. in d. §. in fundo, n. 1. vbi Ioan. de Imol. n. 10. & Castr. n. 2. gl. & Dd. in l. 1. C. commun. atiusd. Bartol. in l. vxorem, §. agri plagam, in fin. ff. de lega. 3. Salic. in l. fin. C. de iure cot. Carol. Molin. ad l. vnic. q. 4. n. 114. C. de sent. quæ pro eo quod int.

7. Ampl. VI. Nam ad tempus interitus ita refertur æstimatio, vt variatio valoris circa res eiusdem generis & bonitatis sequentibus temporibus contingens, qualis & quantacunque sit, neutiquam attendatur. Vnde licet res peremta, si diutius in rerum natura remansisset, maioris omnino valoris futura fuisset, quia forte res eius generis progressu temporis cœperunt pluris valere, vel e diverso longe minoris valitura fuisset, non tamen illius augmenti vel decrementi ratio habebitur, Dd. in d. l. in hac, vbi præ cæteris Donell. nu. 6. gl. Bartol. & reliqui locis sup. in princip. conclusionis huius relatis: idque per d. l. in hac, iuncta l. si hominem, ff. de rei vend. & in l. actionib. in fin. ff. de in lit. iur. tum etiam, quod sequentia tempora ideo spectanda non sunt in rei æstimatione, quia nec possunt: Res enim illis temporibus nulla est, vt quæ ante esse desierit, & rei, quæ non est, non potest esse æstimatio, d. l. in actionib. in fin. l. verum est, circa fin. ff. pro socio, Donell. in d. l. in hac, num. 6. Quæ cum non minus locum sibi vendicent, quando debitoris mora, culpa vel dolus intervenit, quam vbi non intervenit, tam illo, quam hoc casu procedit ampliatio nostra, Dd. loc. præcit. Nec obstat, quod ob moram, dolum aut culpam possessoris eo vsq; fructuum ratio habetur, quo vsq; haberetur, si res non perijsset, hoc est, vsque ad rei iudicandæ tempus, l. Iulianus, 17. §. 1. l. fructus, 33. ff. de rei vendic. licet eo moueatur eruditissimus Faber, vt contrarium statuat lib. 10. coniectur. c. 5. & de error. pragmat. decad. 16. err. 10. Id enim non alia de caussa fieri videtur, quam quod morator sive malæ fidei possessor ad fructus non modo perceptos, sed & omnes, qui honeste percipi potuerunt, tenetur, d. l. fructus. Non est autem ambigendum, quin vsque ad rem iudicatam, sive illius executionem, fructus ex re percipere possessor potuisset, nisi dolo culpave, ipsius res interijsset. Quod si duntaxat moram adhibuerit, nihilominus in caussa fuit, quo minus fructus & commoditates ex re perceptæ fuerint, quæ percipi potuissent, si res citra moram fuisset restituta. Vel enim apud petitorem res non æque fuisset peritura, & consequenter ex ea fructus etiam deinceps percepti fuissent, vel si fuisset æque peritura, tamen acceptam petitor distrahere potuisset, adeoque distracturus fuisset, ac pretium lucraturus, locoq; fructuum alioqui percipiendorum non minora emolumenta ex pretio consecuturus, l. item si verberatum, in fi. ff. de rei vend. l. cum res, §. vlt. ff. de lega. 1. Quod autem fructus hominis, post litem contestatam mortui, quoad vixerit, æstimari oportere, scripsit Labeo l. penult. ff. de rei vend. nihil his aduersatur, quia non asserit, reum in homine reddendo moram fecisse, & possessor nisi malæ fidei, quam nec ipsam in reo Labeo præsupponit, fuerit, per litis contestationem in mora non constituitur, saltem quo ad periculum interitus ac decrescentis æstimationis, eoque nec quo ad fructus post interitum vsque ad tempus rei iudicatæ æstimandos, l. illud, ff. de peti. here. l. vtiq. d. l. penult. ff. de rei vendic. & ostensum fuit sup. exerc. 14. limit. 5. Cæterum æstimationis est alia, quam fructuum ratio, quia cum semel duntaxat præstanda sit, & qui-

& quidem loco rei, quam repræsentat, nec quicquam sit aliud, quam quanti res est, non attenditur, quanti res in posterum forte valitura fuisset, sed vera ipsius æstimatio spectatur, quanti erat, cum adhuc solui posset, *d. l. in hac, & in l. si Calendis, ff. de re judic.* quo certe nihil æquius constitui potuit, siquidem non plus pretij petitori præstandum, quam ei mora, dolus aut culpa aduersarij abstulit, ac proinde quanti valoris rem consecuturus fuisset, si debitor sive possessor dolum aut culpam non adhibuisset, citraq; moram præstitisset. tantam post interitum rei dolo sive culpa vel præcedente mora debitoris contingentem consequi debet æstimationem non minorem, nec maiorem, nisi forte post moram, sed ante interitum res deterior esse cœpisset, *d. l. in hac.* Atqui si nec dolo, nec culpa debitoris res interijsset, nec ipsius mora intervenisset, petitor procul dubio rem tanti valoris accepturus erat, quanti tempore interitus valebat: Quare par est & æquum, vt postquam res interveniente dolo, culpa vel mora debitoris interijt, petitor eiusdē temporis, dummodo post moram & ante interitum res non deterior esse cœperit, æstimationem consequatur, non minorem, nec maiorem, *d. l. in hac.* Ac licet Ant. Faber nihil absurdi consequi putet, quod crescere statuit æstimationem rei post moram peremtæ, cum fingatur adhuc extare, sitq; condemnatio tandem subsequens impeditura, ne æstimatio exinde crescat: tamen absurdum videtur, augmentum æstimationis extincta re nihilominus inducere, ac per condemnationem demum inhibere, quod rerum natura per interitum rei pridem inhibuit: Cumq; non alia de caussa res extare fingatur, quam vt sustineatur atque perpetuetur obligatio & actio, possitque ex ea subsequi condemnatio, nec huic fictioni jus aliam superaddat, vt rei, quæ pro extante habetur, crescere intelligatur æstimatio, absurdum fuerit, fictam rei existentiam sine lege ad suscipiendum æstimationis incrementum extendere repugnante rei veritate, præsertim cum fictionum plurium concursus difficilius admitti soleat, *l. 1. & ibi not. per Dd. C. de dotis promiss.* satisque coerceatur morator, dum interitu rei non liberatur, sed ad æstimationem, quanti à tempore moræ inchoatæ vsque ad interitum plurimi fuit tenetur, etiamsi à futuro æstimationis incremento præstando sit immunis, *d. l. in hac, ff. de condic. tritic.*

8 Ampl. VII. Etiamsi post interitum rei quis moræ purgandæ gratia velit æstimationem offerre: nam & is eam offerre tenebitur æstimationem, quæ tempore interitus erat, *vt sensit Bartol. in l. si insulam, n. 22. & Dd. eum ibid. sequentes, ac post alios etiam Bologne. nu. 248. & 249. ff. de verb. oblig.* Id enim cumprimis *d. l. in hac*, & vltra eam *l. cum res, §. sed si Stichus, vers. qua ratione, ff. de legat. 1. & l. si hæres, ff. de lega. 2.* nec non reliquæ rationes exigunt. Illud magis in proposito controuersum: Possitne quis post interitum purgare moram æstimationis oblatione, præsertim ad evitandam pœnam moræ non purgatæ soluendam: Affirmatiua † tamen sententia teste Ripa *in d. l.* 9 *si insulam*, est communis, *quam tenuit Dynus in l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig. refert Castr. in l. quod te, nu. 6. ff. si cert. pet. Eandem amplexus est Bartol. in d. l. si insul. n. 22. vbi Raph. Cum. Ioa. de Imol. n. 21. Alexan. nu. 42. Petr. de Bezut. Ias. n. 37. & Ruin. Bald. in l. si traditio, q. 8. n. 16. C. de actio. emt. Lotot. in lib. de mora, §. sed vsq., vers. decimo.* Probari potest primo per *d. l. cum res, §. sed si Stichus, vers. qua ratione, ff. de legat. 1.* vbi hæres alternatiue debens Stichum aut Pamphilum, altero mortuo, nihilominus præstationem vivi potest euitare offerendo pretium defuncti forte multò vilioris. Ac licet illius vers. decisio sine dubio tum locum habeat, quando hæres nondū commisit moram, negari tamen haud potest, eandem etiam in frustratore procedere, siquidem vers. ille generaliter & indi-

stinctè loquitur, nec alibi diuersum in eo dispositum reperitur: potius idem ex *l. Stichum, in princ. vers. enimvero, ff. de solut.* non obscure comprobari videtur, siquidem illic Papinianus asserit, si facto debitoris altera rerum alternatiue debitarum perierit, pro petitore in pœnam promissoris constitutum esse, ne defuncti forte vilioris offerri posſit æstimatio: hinc enim a contrario sensu consequi videtur, quando post moram sine facto debitoris altera rerum alternatiue debitarum interit, non esse in pœnam promissoris constitutum, ne defuncti licet vilioris etiamnum offerri posſit æstimatio. Suffragatur etiam tex. *l. qui autem, §. quid si ante, ff. de constit. pecu.* vbi constituens certam personam pro se fidejussuram, si fuerit in mora, cuius ante purgationem illa persona decesserit, interitus eius nihil obstat, quo minus ex æquitate morator vel inuito creditore aliam personam nō minus idoneam fidejubere paratam offerre posſit ad euitandā eius quod interest præstationem. Quod si licet aliam pro defuncta personam offerre moræ purgandæ gratia, quanto magis licitum esse debebit, post interitum rei moram purgare oblatione æstimationis, quæ cum re perempta propemodum eadem esse fingitur, vt illâ præstitâ perinde habeatur, ac si res ipsa fuisset præstita, *l. quia qui pretio, ff. de vsufr. cum simil.* Deinde constat, passim in jure nostro æquiparari, rem debitam interijsse, & deteriorem factam esse, *l. si seruus, §. si seruus, ff. de lega. 1. l. si inter, C. de jure dot. l. item veniunt, §. sit senatus, & §. vlt. l. si & rem, ff. de peti. hæred. §. cum autem, inst. de emt. & ven. cum simil.* Atqui cum res deterior est facta, non ambigitur, etiamnum purgari moram posse oblata vltra rem æstimatione eius, quod ratione detrimenti supervenientis deesse rei deprehenditur, *l. fidejussor euictionis, ff. de excep. doli.* Quare nec interitus rei debebit obstare, quo minus oblata eius æstimatione moram purgare liceat. Quid quod frequentisſime res non alia ratione deterior fiat, quam quia pars eius aliqua perit, *d. §. cum autem, inst. de emt. & vend. Donell. in d. l. in* [illegible] *n. 27.* nihilominus interitu partis non obstante permissa est moræ purgatio, *d. l. fidejussor euict. juncta l. si filiofam. §. si post, ff. solut. matr.* proinde nec interitus rei totius impedire poterit, quo minus oblata ipsius æstimatione mora purgetur, quandoquidem ratio non apparet, cur aliud in toto, aliud in parte juris obtineat, *l. à Titio, ff. de verb. oblig.* Quinimo licet inter cætera præcipue ad moræ purgationem de jure requiratur, ne quicquam creditoris propter eam moram intersit, *l. vtique, ff. de recep. arb. l. si ita quis, §. Seia, ff. de verb. oblig.* tamen si quid creditoris intersit, & eius æstimationem frustrator cum eo, super quo moram commisit, offerat, mora procul dubio purgatur, secundum communē & veram gl. & interpretum nostrorum sententiam *in d. l. vtiq. & in d. l. si insul.* Quod si loco eius quod exigitur, ne creditor damni quid ob moram senserit, nihilominus æstimationem damni, quod ex mora sensit, offerre licet ad euitandam pœnam, vtiq; nō absimili ratione etiam loco rei, quæ ante interitū præstari debuisset, postquam interijt, eius æstimationē offerre licebit ad euitandam pœnam. Cumq; moræ purgatio admittatur & fiat ex æquo & bono, *l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. oblig.* sitq; vel magis vel non minus æquum, ei moræ purgationem permitti, cuius absq; culpa res casu fortuito præter omnem expectationem intra tempus purgandi moram interijt, quam cui res nondum perijt, certe vel hac de caussa in proposito moræ purgationi locus esse videtur. Adde quod debitor satis alioqui sit grauatus, dum res ipsi perit, vt apprime fuerit iniquum, insuper eundem in eo grauari, vt ad pœnam præcise teneatur, nec eam effugere posſit æstimationis oblatione. Sed & illud accedit, quod creditor hac in parte vix vllum interesse probabile prætendere potest, propter quod moræ purgatio non ad-

mitti debeat, quæ ipso etiam innito re nondum peremta locum habet. Siue enim acceptam rem retenturus & suis vsibus adhibiturus erat, non obest ei, potius prodest, illam ante interitum non fuisse præstitam, soluta namq; creditori quippe domino vel quasi domino perijsset: Siue distracturus erat, purgatione moræ tantum consequetur æstimationem, quantã pro re distracta consequi potuisset, siquidem tanti res valere solet, quanti distrahi potest, *l. 1. §. si hares, ff. ad Trebell.* Quod si adhuc ei re sit opus, pretio quod offertur, eiusdem generis & bonitatis rem denuo comparare poterit. Vnde cum in omnem euentum creditor purgatione moræ non minus ante, quam post interitum rei seruetur indemnis, malitiæ ipsius oblatam æstimationem temere sineq; justa caussa repudiantis non erit indulgendũ, *l. in fundo, vers. neq; molitiis, ff. de rei vendic.* Præterea quoties debita res præstari nequit, æstimatio rei locum subit, eamque repræsentat, tam in singularibus judiciis, *l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. si quod ex Pamphila, ff. de legat. 2. l. si ita fideiussorem, ff. de fideiuss.* quam in vniuersalibus, *l. si & rem, ff. de petit. here.* vsq; adeo, vt juris interpretatione cum ipsa re censeatur eadem, *d. l. si & rem, l. quia qui presso, ff. de vsufr. l. plane, §. quod si rem, ff. de liga. 1. l. Labeo & Sabi vers. recte dicitur, ff. de verbor. signif.* & hanc offerens, rem ipsam offerre videatur, *vt post Bartol. in l. stipul. non diuid. n. 40. ff. de ver. obli. asserit Alexan. in d. l. si ins. n. 42.* Sicut igitur oblatione rei mora purgari potuit, ita postquam interitu citra debitoris culpam superueniente præstari posse desiit, par est, & æquum, vt etiam num æstimationis oblatione mora purgari queat, *arg. l. in duob. §. 1. ff. de jures. l. si donata, § si sponsus, ff. de dona. int. vir. & vx.* Deniq; cum quæritur de damno, & par vtriusq; caussa est, potius pro eo qui moram cupit emendare, quam pro petitore judicandum, vt asserit Paulus *d. l. si seruum, §. sequitur.* At in proposito, qui moram vult emendare, non modo de damno vitando certat, sed & in eo potior est ipsius caussa, quam petitoris, quod hic non æque de damno vitando, quippe qui moræ purgatione seruatur indemnis, sed de lucro captando certet: Quocirca sine dubio pro illo judicandum, *d. §. sequitur, l. in eo quod, l. in pari, ff. de reg. jur.*

Contrariam † vero sententiam, 10 quod post interitum rei mora purgari nequeat, tenuit *Ang. in d. l. si ins. & ibid. Ripa n. 98. nec non Bolog. n. 247. Castr. in d. §. sequitur, n. 4. dicens* veriorem. *Salic. in l. si pacto quo, n. 47. C. de pact. Loriot. in apicib. t. de mora, ax. 32.* Monentur primo, quia purgatio non fit nisi per plenum adimplementum, quale non importat oblatio communis æstimationis, quippe quæ non tantum affert vtilitatem, quantam res ipsa, cum sæpenumero plurimum creditoris intersit, adipisci rem, ad quam singularem fortassis habet affectionem, cuius etiam jure solet haberi ratio, *l. qui restituere, ff. de rei vend. l. si cum dos, in fi. cum l. seq. ff. de rer. amotar.* Huc facit, quod promittens præsentare hominem, teneatur eum in eodem statu siue caussa præsentare, *l. 1. ff. si ex noxali cau.* Hoc enim si requiritur ab eo, qui nondum in mora fuit, quanto magis morator purgandæ moræ gratia rem in eodem statu offerre tenebitur. Sed quod æstimatio communis in effectu non minorem, quam ipsa res vtilitatem afferat, partim inde liquet, quia per eam res eiusdem generis & bonitatis comparari potest, partim etiam ex eo, quod pœna non adiecta cum res post moram sine facto siue culpa debitoris interit, creditor agendo non aliam, quam communẽ & veram illius æstimationem consequi potest, *d. l. in hac, l. promissor hominis, ff. de const. pecun. l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de actio. emt. fac. l. si seruum, ff. ad leg. Aquil.* Singularis autem affectionis non inficior haberi rationem, sed ita demum, cum dolus punitur, aut contumacia rem non restituentis, vel non exhibentis, *d. l.*

qui restituere, *l. 1. 2. l. in actionib. l. tutor, ff. de in lit. jur. l. ideoq. ff. rer. amotar.* Proinde si morator jussus à judice restituere, contumaciter detrectasset rei restitutionem, aut dolo fecisset, quo minus restituere posset, nemo negauerit, ei post interitum rei oblationem æstimationis minime profuturam. Nos autem eo saltem de casu loquimur, quo debitor est in mora, cuius ante purgationem sine facto moratoris res interit: hoc ubi fit, nil mirum, æstimationis communis oblatione moram purgari posse, cum etiamsi contra huiusmodi frustratorem agatur, non tamen ille pluris, quam quanti res est, condemnetur, *d. l. qui restituere.* Quod autem hominem in eadem caussa præsentari necesse est, euenit cum propter edictum prætoris tale quid nominatim exigentis, ne judicia reddantur elusoria, *d. l. 1. in princ.* tum, quia stipulatoris plurimum interesse solet, hominem in eadem caussa præsentari, nec ex ea stipulatione quicquam consequi potest, nisi quatenus ipsius interest, *l. si ita stipulatus, §. possum, l. si quis stipulatus, §. si quis ita, ff. de verbo. obl.* quæ singula cum ad propositum vix ac ne vix quidē quadrent, perperam inde argumentum deducitur. Secundò argumentantur: Mora non purgatur, nisi offeratur, quod erat obligatione: Æstimatio vero ne quidem post interitum rei est in obligatione, *l. si seruum, §. vlt. ff. de ver. obl.* quo fit, vt ne quidem nouatio post interitum rei facta moram purget, *Dyn. in d. §. vlt. ubi Angel. Castr. num. 3. Alexand. num. 4. Iason num. 2. Bart. in l. si rem aliquam, ff. de nouat.* Quare nec æstimationis oblatione mora purgari poterit, præsertim cum alioqui sit illud absurdi consecuturum, vt solutio æstimationis inducta in odium frustratoris redundet in eius fauorem. Verum licet æstimatio non sit in obligatione, quia tamen loco rei præstanda venit, & ad eundem judex eum condemnat, à quo res post interitum petita fuit, in effectu perinde est, ac si post interitum rei foret in obligatione: ideo quasi debitam esse dicit *glos. in d. §. vltim.* quam *Dd. ibid. sequuntur.* Quinimo necesse non est, vt moræ purgandæ gratia oblatum sit in obligatione, cū sufficiat, id esse in prçstatione, seu facultate soluēdi, *l. 1. ff. de pec. lega.* Dd. autē in *d. §. vlt.* non alia ratione siue respectu moram nouatione post interitum rei facta tolli negant, quam quatenus isthæc nouatio non tollere, sed conservare videtur effectum moræ, vt scilicet omnimodo teneatur frustrator ad æstimationem rei peremtæ, cum alioqui nouatione ante interitum rei interposita fiat, vt promissor interitu rei postea superueniēte liberetur, nec ad æstimationem teneatur. Id enim ex ratione, vnde suam assertionem inferunt, liquidò patet: Interim vero, si moram ipsam per sese consideres, minime negant, nec veritate salua negare potuissent, moratorem eo ipso, quod obligationem mora perpetuatam post interitum rei vel ipse vel alius nouauit, moram purgasse seu facere desiisse, tum per regulam *l. quoties, versicul. vnde Marcellus, l. si rem aliquam, ff. de nouat. l. qui decem, §. cum mihi, ff. de solutio.* tum, quod facta nouatione promissor amplius ad æstimationem rei peremtæ non tam ex mora, quam nouatio superveniens purgauit atque sustulit, *l. si Stichum, in princ. ff. de nouat. & jur. tracit.* quam vigore posterioris stipulationis nouantis, in qua vel ipsa, vel res peremta, quatenus etiamnum extare fingitur, deducta fuit, teneatur, *l. 1. ff. de nouat.* Æstimationis autem solutio non in odium frustratoris. *Ruin. in d. l. si insulam, quem refert ibid. Bol. n. 146,* sed necessitate rei sic exigente fuit inducta, quia cum perpetuet mora obligationem, & res peremta extare fingatur, præstari vero nequeat, ad æstimationem necessario deueniendū, qua creditor indemnis conseruetur, *l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. si heres, 03. ff. de lega. 2.* Tertiò adducunt glossam *in l. 3. §. vlt. verb. ex hoc edicto, vers. aliud si diceres, ff. de alie. judi. mut. cau.* quę

videtur

videtur velle, quod non sufficiat offerre æstimationem. Sed præterquam quod autoritas glossæ neutiquam communi opinioni prævalet, etiam in terminis ea longe diuersis loquitur. Non enim de moratore agit, sed alienante judicij mutandi caussa, & gravius peccatur committendo quam omittendo: nec de re peremta, sed extante, licet alienata, & constat æstimationem pro re debita adhuc extante oblatam recusari posse, nisi justa caussa subsit, præstandi æstimationem loco rei, *l. qui restituere, ff. de rei ven. l. si domus, §. qui confitetur, & §. aliena, ff. de lega. 1. l. vbi autem, §. vlt. ff. de verbor. obl.* Quartò: Interitu rei debitæ jus actoris fit deterius: & moræ purgatio non admittitur, quando jus actoris est effectum deterius, *l. etsi post tres, ff. si quis cautio.* Sed cum post interitum actio creditori salua maneat, & in effectu tantundem æstimatione consequatur, quantum re præstita consecuturus erat, probari vix poterit, jus ipsius factum fuisse deterius. Quinto prætendunt Bartoli doctrinam *in l. si insulam, num. 2.* decidentis, quod si stipulator post moram promissoris alienauit fundum, in quo construi debebat ædificium promissum, non possit mora purgari: quam decisionem sequuntur ibidem communiter interpretes teste *Ripa n. 28.* Sed Bartoli casus huc parum congruit, nec ex illius decisione quicquam, quod communē sententiā euertat, inferri potest, quãdoquidem in casu Bartoli factum promissum adhuc præstari potuit, sed stipulatori nō amplius expediit fieri, hic e diuerso præstari res ipsa propter interitum nullo modo potest, attamen eius æstimationem consequi creditori expedit, *l. in re furt. ff. de condic. furt. d. l. in hac, ff. de condic. trit. cum sim.* Rursus ibi Bartolus negat quidem oblatione facti moram purgari posse, non tamen diffitetur, æstimationem ædificij promissi esse præstandam, quippe compræhensam sub interesse stipulatoris, *l. si quis ab alio, ff. de re judic. l. stip. non diuidun. vers. Celsus, ff. de ver. obl.* quod totum esse soluendum, vbi factum ipsū non præstatur, nemo ambigit, *d. l. si quis ab alio, d. l. stip. non diuid. vers. Celsus, d. l. si insulam,* vt vel hinc satis appareat, ipsius decisionem communi sententiæ oblationem æstimationis admittenti neutiquam aduersari. Sextò Bolognetus præ cœteris objicit, vere non interuenire terminos necessarios ad moræ purgationem, nec esse certam æstimationem, quę offertur, vt contineat in se totum rei valorem, cū variis modis considerari possit. Verum existentiam rei promissæ terminū esse purgationi moræ necessarium, negari potest, & contrariū ostendit *l. qui antē, §. quid si ante, ff. de cond. pec.* Quin etiā & moræ purgatione necessaria foret existentia rei debitę, tamen cū illa post morā peremta etjamnū extare fingatur, adeoq; perinde ac si reuera extaret, peti possit æstimationis consequendæ gratia, *l. nemo, §. si post l. inter. §. Stichum, l. si seruum, §. vlti. ff. de ver. obl.* vtiq; ficta illius existentia sufficeret etiam ad morę purgationē, vt oblata ipsius loco æstimatione perinde sit, ac si res ipsa fuisset oblata, siquidem fictio tantundem operari solet, quantum veritas, *vt not. in l. si is qui pro emt. ff. de vsucap.* vel eo magis, cum vt supra dictum, æstimatio propemodum eadem esse censeatur cum re, cuius loco succedit, *l. si & rem, ff. de pet. hered. cum similibus.* Nec est incerta, cum ex prædictis liquido constet, eam esse referendam ad tempus interitus, nisi post moram res ante interitum deterior aut vilior esse cœperit, *d. l. in hac, & ibid. traditа per Dd.* Septimo ponderat idem Bolognetus *l. sancimus, C. de fideiussor.* vbi dicit Imperator, omnimodo pœnam inferat, & consequenter negat offerri licere ęstimationē hominis prę sentandi, super quo fortassis actor dominium prætendebat. Sed ex *d. l. sanc.* vel hac de caussa nihil inferre licet, quia dispositionē continet plane specialem. dum super oblig. diem & pœnam habente, quę de jure cōmuni morę purgationem nullatenus admittit.

l. Celsus, in pr. ff. de rec. arb. Imperator illic moram purgari permittit, sed ita demum, vt post lapsum temporis obligatione præfiniti, intra sex menses tantum ei liceat hominem etiamnum præstare vel pro eo defensionem suscipere. Adde quod ibi non propter interitum, sed propter lapsum temporis moræ purgandæ præstitutum, nequeat emendari mora, cum è diuerso in proposito sit reus adhuc intra tempus purgandi moram, proinde nec mirum, ab eo post interitum rei moram æstimationis oblatione purgari posse. Octauo adduci potest, quod ad purgationem moræ requiritur, vt omnia in integro sint, *l. illud, ff. de peric. & com. rei ven. l. si in lege, §. colonus, ff. loca. l. mancipior. ff. de opt. lega.* At re debita peremta non amplius omnia in integro esse videntur. Verum licet post moram res interierit, tamen cū etiamnum extare fingatur, siue pro extante habeatur, non immerito adhuc omnia in integro esse censentur quo ad moram æstimationis, quę rem peremtam repræsentet, eiusque loco succedat, oblatione purgandam. Quia etsi non omnia in integro sint, si tamen creditori, pro eo, quod re non integra ipsius interest, satisfiat, moræ purgationem nihil impedit, *l. fideiussor euictionis, ff. de excep. dol. l. continuus, §. item qui ins. ff. de verb. obligatio. gl. communiter approbata in l. vtig. ff. de recep. arb.* Arqui per oblatam rei peremtæ æstimationem sine dubio creditori pro eo, quod re peremta ipsius verisimiliter interesse potest, satisfit, quoniam tantundem in effectu per illam adipiscitur, quantum rei præstatione consecuturus erat. Quare patet ex prædictis, communem sententiam esse veriorem, quæ tamen in eo demum procedit, sine cuius fa-
11 cto res post moram perit. Nam † si facto ipsius debitum non ignorantis res interiisset, puta, si occidisset, aut in proprios vsus consumsisset, verius est, oblationem æstimationis ad pœnam euitandam nihil ei profuturam, vt recte præ cœteris tradiderunt *Alex. in d. l. si ins. n. 42. ubi Ias. n. 37. Ripa nu. 98. & tenent Dd. in d. l. si seruum, §. sequitur, ff. de ver. obl.* tum, 1. quia tali casu fundamenta sententiæ communis cessant: Tum, 2. per *l. qui restituere, ff. de rei vendic.* vbi qui dolo fecit, quo minus restituere posit, prętatione quanti res est, non liberatur, sed grauius plectitur. Tum, 3. per *d. l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl.* vbi facienti, quo minus soluere posit, manifeste denegatur, moræ faciendo commissę purgatio, prout etiam ibidem præ cœteris notat *Bart. n. 2.* Tum, 4. quod ob concursum moræ durantis & peremtionis à frustratore factæ delictum, sit multo grauius, quam vt æstimationis oblatione purgari posit: Tum, 5. quod in pœnam debitoris rem perimentis est constitutum, ne offerri peremtæ rei posit æstimatio, *l. Stichum, in pri. vers. enim vero, ff. de solut.* Tum deniq; sexto, ne malitiæ debitoris in inuidiam creditoris, vt huic ægre faciat, rem perimentis indulgeatur, *l. in fundo, ff. de rei vend.* neue spe minoris pœnę prębeatur rei occasio delinquēdi, *l. conuenire, ff. de pact. dotal. c. sedes, de rescript. l. si vnus, §. pacta quæ, ff. de pact. cum sim. Ripa in d. l. si ins. num. 98. & huc apprime faciunt tradita per Carol. Mol. ad l. vnic. q. 5. num. 155. C. de sent. quæ pro eo quod int.*

Ampliat. 8. etiamsi † facto, adeoque dolo debitoris res interierit, nihilominus ęstimatio rei ad tempus interitus erit referenda, vt sensere Dd. locis in princ. relatis. Hoc enim tam rationes allatæ suadent, quam euincit *d. l. in hac*, quæ non modo generalis est, eoq; non minus illum, qui debitā rem perimit, quam eum, cuius absque facto res interit, concernit atq; compręhendit, verum etiam exempli gratia serui mortifere vulnerati meminit, quo certe non obscure innuitur, eam legem etiam de re facto debitoris peremta intelligendam esse. Suffragatur item *l. Manius, ff. in fundo, ff. de lega. 2.* vbi hæres, qui non facile præsumitur ignorare legatum, facto suo locum fundi legati exemit communi 12

com-

commercio, id quod in effectu peremtioni rei videtur æquipollere, nihilominus pretium loci, quanti fuit, cum eximeretur, præstandum esse Papinianus decidit. Nec discrepat *l. quid ergo, §. si heres, vers. sed si animal, ff. de legat. 1.* vbi pretium occisi animalis ab hærede occidente præstandum esse Vlpianus ait, quanti esset, si viveret: his enim verbis non eius, quod occasionem quandocunque sequitur, temporis æstimationem denotat, sed respectum habet ad ea, quæ non esse præstanda dixerat, nempe carnem & cœtera λείψανα, nihil aliud significans, quam occidentem non offerre posse, quod ex animali peremto superest, sed æstimationem animalis, quanti erat, cum viveret: alioqui si ad tempus occisionem quandocunq; subsequens æstimationem animalis occisi referri voluisset Vlpianus, non modo *d. l. in hac, & d. §. in fundo*, refragaretur, sed & consequeretur, animalium eiusdem generis & bonitatis siue qualitatis æstimatione decrescente minorem animalis debiti, quam quæ tempore mortis erat, æstimationem deberi, quia non pluris animal, si tunc adhuc viueret, valiturum esset: Absurdum consequens: Igitur & antecedens.

Ampl. IX. in fructibus, quibus consumtis non amplius crescit, vti nec decrescit æstimatio, licet eiusdem generis fructus deinceps pluris minorisve valeant, sed ad eam debitor æstimationem condemnatur, quæ consumtionis tempore fuit, per *d. l. in hac, Dd. in l. diuortio, §. ob donationes, ff. solut. matrim. Alciat. in l. vinum, num. 30. post Picum ibid. num. 25. ff. si cert. pet.* Sed vt rectius intelligatur, quatenus hæc ampliatio procedat, distinguendum fuerit in proposito, vtrum consumtione fructus deberi desierint, & ad æstimationem obligatio successerit, ex qua iure actionis

13 nis illa deberi cœperit: tunc enim † constat æstimationem ad tempus consumtionis esse referendam, nec postea crescere vel decrescere, *Ita Bart. in d. l. diuortio, §. ob donationes, nu. 4. vbi Bald. nu. 5. Castrens. nu. 6. Alexan. n. 6. Aretin. num. 10. Ias. nu. 6. Zas. num. 16. Bart. in l. cum qui, in princ. ff. de his quæ vt indign. sensitq. Picus in d. l. vin. num. 25. Menoch. de recuper. poss. remed. 15. q. 40. num. 600. Canalc. de tut. & cur. num. 227.* cum per regulam *d. l. in hac*, tum vero maxime per illam iuris nostri theoricam, quod æstimatio iure obligationis & actionis debita progressu temporis nec augeatur nec minuatur, *l. hominem, ff. mand. l. fundum, ff. de nouat. vtrobiq. gl. & Dd. & in d. l. vin.* Tunc † vero fructus consum- 14
tione deberi desinunt, & ad æstimationem obligatio succedit, cum quis licite siue iure permittente fructus ex re, quam alioqui cum fructibus ad alium pertinere nouit, percipit atq; consumit, *Dd. in d. §. ob donationes, post gl. ibid.* Videtur enim regulariter in iure nostro ita comparatum, vt quoties id, quod ad alterum pertinet, non illicite quis consequitur, & in suos vsus consumit, siue in rem suam vertit, ad æstimationem eius obligetur, *l. si non sortem, §. libertus, ff. de condic. indeb. l. si hares, ff. de lega. 2. l. senatus, ff. de legat. 1. sa. l. si me & Titium, ff. si cer. pet. l. vlt. §. vlt. ff. de lega. 2.* Sic maritus soluto matrimonio, ante restitutionẽ rerum dotalium fructus inde non illicite percipit, *d. §. ob donationes, vbi gl.* proinde consumtis ijs succedit obligatio ad æstimationem, vt clare probat *d. l. diuortio, §. si fundum, ff. solut. matr.* vbi arborum vi tempestatis delectarum, & a marito suis vsibus adhibitarum pretium exigere potest mulier, quoniam eæ cum fundo dotali ad ipsam pertinuerunt. Similiter administratores bonorum alienorum, puta, tutores, curatores, procuratores, negotiorum gestores, quia fructus ẽ bonis, quæ administrant, prouenientes alienare tum possunt, *l. procurator totor. ff. de procur. l. vlt. §. vlt. C. de admi. tut.* tum tenentur, nec corrumpantur, *l. is cui, § qui legatorum, ff. vt in possess. legat.* nõ prohibentur eosdẽ ipsi percipere, *l. idemq. §. si ex fun-o, & § sed Labeo, ff. man.* adeoq;

adeoque etiam in rem suam bona fide vertere, illaq; versione vel consumtione sese ad justam temporis illius æstimationem obligare, *l. tutor rerum, ff. de admi. tut. Bart. & Dd. in d. §. ob donationes, Alexan. in l. procuratorem, C. de procur. Roma. cons. 415. Caualcan. de tutore & cur. n. 227. & 235.* Sed & creditor ex re pignorata licite fructus percipit, atq; consumit, quorum loco æstimatio, quanta tempore consumtionis fuisse dignoscitur, de sorte debita deducitur, *l. 1. & 2. & ibid. tradita per Cyn. & reliquos Dd. C. de pignor. act.* Ita socius ex re communi pro parte ad alterum pertinente fructus licite percipit, *l. pro socio, §. si tecum, ff. pro so. l. per hoc judicium, §. sicut autem, l. si quis putant, ff. com. diuid. l. penult. C. com. diuid.* quib. consumtis obligatur ad pretium, quanti nempe tempore consumtionis valuerunt, *d. l. diuortio, §. si fundum ff. solu. mat. l. si non sortem, §. libertus, ff. de condic. indeb.* Denìq; soluens frumentum indebitum accipientem, qui consumsit illud, ad pretium obligatum habet, *vt est tex. in l. in summa. §. in frumento, ff. de condic. inde.* An vero etiā post consumtionem adhuc debeantur, nec eorum æstimatio, nisi judicis officio præstanda veniat, quod vsu
15 venite videtur † in malæ fidei possessore, *Castr. in d. l. diuortio, §. ob donationes, n. 6. ubi Alex. n. 6. Salic. in l. neq, ff. de vsur.* & probatur per textum *l. mala fide, C. de condic. ex lege*, vbi post consumtionem non æstimatio, sed fructus ipsi condicuntur: nec non per tex. *d. l. neq. vers. posteriore, ff. de vsur.* vbi Paulus æquè profitetur, fructus ipsos esse condicēdos, fructus, inquā, consumtos, nam de extantib posterior ille versic. intelligi neutiquam potest, cum, quod hi rei vendicatione petuntur, cum qua condictio concurrere nequit, *§. sic itaq., inst. de actio.* tum, quia Paulus eo loci de vsuris disputat, de quibus haud quæritur, extantib. adhuc fructibus, quippe nihil minus quam vsuras ferentibus, sed tum demum, cum fructus á possessore cōsumti vel distracti proponuntur, vt pro iis æstimatio, quæ vsuras admittere siue gignere potest, præstanda veniat, *Jac. de Are. in d. §. ob donat. quem refert & sequitur Bar. in l. eum qui in pr. ff. de his quæ ut indign. Sal. in d. l. neq. Castr. in l. hæres furiosi, §. fructuum, ff. de pet. hæred.* Hinc igitur liquido patet, etsi consumtione dominium fructuum petitor amiserit, tamen odio malæ fidei possessoris illos perinde haberi, ac si etiamnum extarent, adeoq; possessoris, absq; caussa tamen, esse cœpisset, *l. si me & Titium, ff. si cer. pet.* vt super eis condictio intentari, & officio judicis æstimatio succedere queat, *d. l. si me & Titium, juncta d. l. neq. l. inter, §. Stichum, l. si seruum, §. vlt. ff. de verbo. obli.* plane vt odio moratoris peremta res adhuc extare fingitur, ut actio super ea etiamnum institui, & officio judicis æstimatio succedere queat, *l. nemo, §. post, l. inter si, §. Stichum, l. si seruum, §. vlt. ff. de verb. obl. l. si seruus, §. bone, ff. de condi. furt. l. si concubina, §. non solum, ff. rer. amot.* Denique huc apprime faciunt jura, quotquot malæ fidei possessorem ad fructuum vniuersorum, etiam consumtorum præstationem siue restitutionē teneri seu cogendum esse dicunt, *l. certum, C. de rei vend. §. si quis á non dom. inst. de rer. diuis. §. etsi in rem, cum §. seq. inst. de offic. judic. cum sim.* Cum enim sit certo certius, consumtos fructus á possessore præstari non posse, leges autem ipsorum fructuum, non æstimationis meminerint, certe nihil aliud, quam quod modo dictum, eo denotatur, nempe possessorem etiam post consumtionem ad fructus ipsos teneri, quos cum restituere nequeat, necessariò tandem ad æstimationem judicis officio deueniendum, *Bart. in l. ex diuerso, §. ubi autem, in fi. ff. de rei*
vendic. Dissentit † tamen *Areti. in d. l.* 16
diuortio, §. ob donationes, n. 10. contendens, etiam malæ fidei possessorem post consumtionem desinere teneri ad fructus, & succedere obligationē ad æstimationem, cum per text. *l. in summa, §. in frumento. ff. de condic. inde.* qui loquitur indistincte tam de eo,

qui

qui scit, quam illo qui ignorat frumentum, quod accipit, esse indebitũ, proinde non minus de sciente, quam ignorante venit intelligendus: tum per *l. cum qui, ff. de his quæ vt indign.* vbi possessor erat malæ fidei, nihilominus tamen Papinianus asserit, pretia fructuum venditorum, vel consumtorum esse restituenda. Ad textus vero in contrarium adductos, respondet, sub nomine fructus esse intelligendum interesse, hoc est, æstimationem fructuum, cum non sit novum, vt appellatione fructuum veniat interesse. *l. lex, §. in confessoria, ubi hoc not. Bald. & Angel. ff. si servit. vind.* Sed hæc responsio sustineri vix potest, cum inter rem & æstimationem eius, prout etiam inter fructus & pretium eorundem passim jus nostrum diligenter distinguat, nec illa temere confundat, *d. l. eum qui, l. item veniunt, cum sequentib. ff. de peti. hered.* præsertim vbi pariter actionis meminit, *l. inter, §. Stichum, l. si seruum, §. vlt. ff. de verbor. obligation. l. si seruus, §. bove, ff. de condic. furt.* Interesse vero fructuum nomine tunc venit, cum rei principalis vix alius fructus esse potest, quam vtilitas illa, quæ per interesse denotatur, vti liquet ex *d. §. in confessoria, & ibi d. not. per Bald. & l. videamus, 19. in fin. ff. de vsur.* Et vt detur, interesse vel æstimationem quandoque fructuum nomine denotari, quod tamen non nisi prorsus impropria significatione fieri potis est, neutiquam tamen ideo sequitur, in illis legibus nomen fructuum ita vsurpari, cum ad eum, quem dixi, modum in propria significatione multo commodius intelligi posſit vsurpatum, & a propria verbi significatione non aliter recedendum, nisi quando manifestum est, disponentem aliud sensisse. *l. non aliter, ff. de legat. 3.* Adde quod non sit verisimile, Iureconsultos toties abuti fructuum nomine, adeoque loco æstimationis condicendæ fructus ipsos dudum consumtos substituere voluisse. Nec obstat *d. §. in frumento*, siquidem accipiens rem indebitam, etiamsi scientiam rei sibi minime debitæ habeat, eoque respectu mala fide rem tenere videatur, attamen voluntate factoque domini non modo possesſionem, sed & proprietatem rei consequitur ac tenet, vt fructus vigore dominij sibi quæsiti non illicite percipere videatur, sic tamen, vt eos condictione indebiti cum re principali restituere teneatur, ac proinde si consumat illos, nemini mirum videri debeat, ipsum etiam exemplo cœterorum fructus alteri restituendos non illicite percipientium ad æstimationem consumtorum obligari. Minus obstat *d. l. eum qui*: Licet enim pretiorum restituendorum meminerit, fructus tamen consumtos etiamnum deberi a possessore liquet, tum ex eodem textu, cum ait Papinianus, bonorum tacite relictorum fructus duntaxat, non etiam vsuras eorum deberi: quia sub nomine fructuum necessario continentur venditi, consumtique: horum enim vsuræ saltem ratione pretiorum pro iis in executione præstandorum alioqui de jure deberi possunt, non item adhuc extantium, per textus *d. l. eum qui in princip. ubi post Iacob. de Arctin. Bart. tradit q. post alios Castrens. in d. l. heres furiosi, §. fructuum, ff. de peti. hered.* tum etiam ex eo, quia possessor bonorum tacite relictorum, postquam fecit, quo minus possideret; etiam post interitum rei supervenientem perinde condemnandus est, ac si possideret, *l. item veniunt, §. præter hæc, versicul. item eos, l. si à patre, §. si prædo, ff. de petit. hered.* ac proinde res adhuc pro extante habetur, *Bolognet. in l. stipulat. non di[illegible]d. numer. 207. ff. de verbo. obl.* non quidem, vt adversus eum in litem juretur, sed vt pretium sive conuentum, siue commune, vtrum petitori magis expedirit, soluere compellatur, *d. l. item veniunt, § restituere, & d. l. si à patre, § si prædo.* Vnde cum per consumtionem fructuum fecerit, quo minus posſideret, ij quoq;

pro

pro extantibus catenus habebuntur, vt deberi etiamnum, petiq; posint, æstimationis pro iis consequendæ gratia. Pretiorum itaq; restituendorum non alia de caussa Papinianus in verbis præcedentibus meminisse videtur, quam quod propter impossibilem fructuum consumtorum præstationem necessario tandem officio judicis ad eorundem æstimationem deuenitur. Quanquam etiamsi concederetur, actionis jure illic pretiũ peti posse, nihil id obstaret, cum in hereditatis petitione peculiare sit, vt fructus, iisq; distractis aut consumtis eorundem pretia augeant hæreditatem, eoq; non minus quam cæteræ res hæreditariæ petitione hæreditatis exigi queant; *l. item veniunt, §. fructus autem, l. sed etsi, §. vlt. cum seqq. ff. de pet. hæred.* Quæ ratio cum cesset in aliis actionibus, non immerito diuersum jus in iis quo ad æstimationem fructuum consumtorum consequendam obtinet. Porro† eum, vt 17 dixit, post consumtionem fructus adhuc debentur, siue in obligatione remanent, etiam illorum æstimationem post consumtionem crescere, & sic ad auctam creditori pro eis præstandam fore, tradit *Cast. in d. l. diuortio, §. ob donationes, n. 6. & ibid. Alex. n. 6. ff. solu. matr.* tum, quia fructus illicite percepti consumtiq; pro extantib. habentur, vt non minus, quam si extitissent, æstimatio eorum post consumtionem crescere potuerit: tum, quod in proposito subesse videtur obligatio *rem restitui*, ex qua postquã culpa vel mora debitoris interueniente res periit, agi potest tam ad rem peremtam, quàm ad ipsius æstimationem, electione actori, vtrum petere malit, reseruata, *Bart. in l. stip. non diuid. n. 33. ubi cæteri Dd. ff. de verb. obli.* Quare si fructus consumti plus hodie valeut, quam tempore consumtionis valuerunt, ipsos petere poterit actor, & quia non possunt restitui, reus ad præsentem illorum æstimationem condemnabitur: Sin minus, æstimationem quæ tempore consumtionis plurimi fuit, condicere licebit, *l. in re furtiua, ff. de condic. furt.* Sed horum sententia recipienda non est. Quod enim ob culpam vel moram possessoris peremta res pro extante habetur, non alia de caussa fieri videtur, quam vt obligatio & actio, quarum vtraq; competit ad rem, non ad eius æstimationem, sustineri, eaq; in judicium deducta officio judicis ad æstimationem rei soluendam reus condemnari compellique possit. Quare cum extra huiusmodi respectum res pro extante non habeatur, & augmentum vel decrementum æstimationis in rebus eiusdem generis postea superueniens huc nihil faciat, siquidem rei peremtæ æstimatio de jure solet ad tempus interitus referri, respectu æstimationis interitum sequentis non magis, quam respectu aliorum omnium nihil ad perpetuandã siue sustinendam obligationem & actionem facientium, pro extante haberi debebit aut poterit. Bartoli vero doctrina de obligatione *rem restitui*, etsi posset in dubium reuocari, tamen etiam admissa nihil ipsorum opinioni opitulatur. Siue enim æstimationem fructuum consumtorum petat actor, fatentur ipsi, æstimationem eius temporis, quo res periit, fore præstandam, nempe, quia tunc obligatio & actio nata fuit ad æstimationem exigendam, quæ deinceps augeri minuive nequit; *l. hominem, ff. mand. l. funzum, ff. de nouat.* Siue fructus consumtos, certè nec sententiæ, nec petitionis consumtionem sequentis, sed ipsius consumtionis tempus quo ad æstimationem illorum ineundam erit attendendum, tùm per *d. l. in hac; l. si heres, l. Meuius, § in fundo, ff. de lega. 2.* tum, quia rei, quæ non amplius est in rerum natura, æstimatio non amplius esse, nedum crescere vel decrescere potest, *l. si seruum, §. si modus, ff. de act. emt.* tum, quia constat inter interpretes, & si res post moram peremtæ fingantur adhuc extare, non tamen post interitum earum æstimationem augeri minuive, vt patet ex traditis per *gl. & Dd. in d. l. in hac, &*

hac, & in d. l. vinum, ff. si cert. pet. Vnde cum sub ijs etiam fructus post moram consumti contineantur, idem de ijs
18 peræque statuatur oportet. Rectius † itaque contrarium senserunt *Bald. in l. 2. num. 13. & ibid. Salic. nu. 6. vers. quæro, C. de fruct. & lit. expens. Franc. Aret. in d. l. diuortio, §. ob donationes, num. 10. Alciat. in d. l. vinum. num. 30.* Sed loquuntur de fructibus officio saltem judicis restituendis, prout ipsi nominatim hoc exprimunt, & patet ex ratione, qua mouentur, nempe, quod si fructuum consumtorum æstimatio quanti plurimi præstanda foret, reperiretur officium judicis mercenarium, quod alteri officio judicis mercenario deseruiret, ei scilicet, quo fructus debentur, cum tamen neutrum sit principalius altero, *Castrens. in l. hares furiosi, §. fructuum, ff. de petit. hered.* proinde nec alterum alteri deseruire queat, *gl. in d. l. hares, §. fructuum, vbi Castr. Bald. ad rubr. de offic. judic. num. 7. & in d. l. 2. num. 14. vbi Salic. num. 6. Aretin. in d. §. ob donationes, num. 10. Salic. in l. neq;, ff. de vsur. Curti. in l. 1. ff. de jurisdict. om. jud.* Verum isthæc ratio parum valet, tum, quod eadem ratione sequeretur, judicem cuius officio mercenario fructus consumti debentur, *d. l. neq;*, officio suo mercenario ne quidem simplicem fructuum consumtorum æstimationem declarare posse, nedum decernere, vt pro fructibus, quoniam præstari nequeunt, ea soluatur, quod absurdū esse, nemo non intelligit: Tum, quia non desunt, qui contrarium teneant, hoc est, officium judicis mercenarium alteri judicis officio mercenario inseruire statuant, vt præ cœteris censuit *Bolognet. in l. 1. nu. 58. vers. vndecimam, & n. 60. vers. & aliquando, ff. de jurisd.* Tum, quia nulla subesse videtur in proposito necessitas commiscendi plura judicis officia, alioqui totidem quovis in judicio excogitari oporteret officia, quot sunt actus judicij, quotve res accessoriæ veniunt adjudicandæ vltra rem principalem, sed vnicum judici rerum omnium, quæcunq; in judicio versantur, queq; cum ante judicium contingant, ei nominatim injunguntur, officium incumbit principali seruiens actioni, quod is in vno quoq; judicij actu ad priuatam partium vtilitatem, quoties opus est, interponit & exercet, cùm circa rem principaliter petitam, tum circa singulas eius accessiones æstimandas & adjudicandas, *l. ædiles, §. item sciendum, ff. de ædil. edict.* vt actor vincens id omne consequatur, quod habiturus erat, si tempore judicij accepti res ei præstita fuisset, *l. illud, ff. de p. tit. hære. l. cum fundus, in pr. ff. si cert. pet. tum commor.* Vera tamen est illorum assertio de æstimatione fructuum officio judicis venientium ad tempus consumtionis ita referenda, vt deinceps non crescat adaucto fructuum eiusdem generis & bonitatis valore, quæ dilucide probatur per illa, quibus opinio Castr. & Alex. refutata fuit, cumprimis per *d. l. in hac*, quæ cū non admittat, vt æstimatio rei principalis & actionis jure debitæ post interitum capiat incrementum ex adaucto deinceps rerum eiusdem generis & bonitatis valore, multo minus tale quid in fructibus officio saltem judicis adjudicandis admitti poterit, cum longe debeantur efficacius, quæ jure obligationis & actionis exigi possunt, quam quæ judicis officio veniunt. Idem juris est in fructibus consumtis, qui jure actionis exigi possunt: nam & horum, etiamsi a malæ fidei possessore debeantur, æstimatio ad tempus consumtionis erit omnino referenda, vt recte præ cœteris censuerunt *Angel. Aretin. in §. si quis à non dom. nu. 4. inst. de rer. diuis. Bocr. decis. 68. nu. 2. Socin. consil. 82. num. 27. volum. 4. Natta consil. 599. num. 4. 5. 6. tom. 3. Borgninus Caualcan. de tut. & cur. num. 232. & 240. idemq; senserunt Bart. in l. eum qui, in pr. ff. de his quæ vt indig. & Dd. paulo ante relati, maxime Alciat. in d. l. vinum, n. 31. post Picum ibid. num. 25. Menoch. de recuper. possess. reme. 15. num. 600.* & hoc ipsum clare probant tam rationes in principio conclusionis huius

adductæ, quam *d. l. in hac*, quæ cum de moratore loquatur, nec tamen cum de incremento æstimationis post interitum rei superveniente teneri permittat, multo minus ad id possessor in mora nondum constitutus, quantumvis malæ fidei sit, tenebitur. Quibus addi potest, quod possessor, nisi nequiter aut luxuriose fructus profuderit, quo casu damnum, quod culpa sua sentit, merito sibi imputat, consumtione tantum commodi sentit, sive tantum in rem suam vertit, quanti tunc temporis valent fructus, siquidem alias tantundem suis de bonis eum erogare oportuisset. Quare cum in effectu nec plus nec minus æstimatione ad tempus consumtionis relata ad eum pervenerit, & æquitas & ratio juris exigit, vt æstimationem eiusdem temporis refundat, non autem ex adaucto deinceps fructuum eiusdem generis valore damnum, aut eodem diminuto
19 lucrum sentiat. Quod † si fructus quidem non extent, de tempore vero consumtionis haud constet, quanti sub finem eius temporis, vltra quod seruari sine corruptione bonitatis natiuæ nequiuerunt, valuisse dignoscuntur, tantam illorum æstimationem esse præstandam, & de mente Dd. modo relatorum, & verius esse videtur: Mutatio namq;, multoq; magis peremtio rei non præsumitur, nisi probetur, *l. si quis ex argentarijs, §. fin. vbi Dd. ff. de eden. l. publicati, C. de test. cum simil. Alciat. de præsum. reg. 2.* potius vnaquæque res in eodem statu, quamdiu natura eius patitur, durare præsumitur, *l. in finalibus, ff. fin. regun. c. semel malus, vbi Dd. de reg. jur. in 6. Alcia. d. regu. 2. præsum. 13. n. 1. & præsum. 25. n. 1.* Quare cum in proposito fructus esse consumtos ante finem temporis, quo durare suapte natura sine corruptione possunt, probari nequeat, ante finem illius temporis præsumi nequit eorum consumtio, multoq; minus casus, quo perierunt, fortuitus, *d. l. si quis ex argentarijs, §. vlt. Sebast. Med. de casib. fortuitis, p. 1. q. 14.* cum præsertim & hic, & illa sit facti, quod non præsumitur, nisi probetur, secundum vulgatam regulam, *Sebast. Med. d. q. 14. n. 6.* Cuius porro consequens est, ad tempus, quo fructus esse consumtos nec probati nec præsumi potest, æstimationem eorundem jure referri nec posse nec debere, præsertim cum in contrarium præsumatur, fructus postquam semel extare cœperunt, nisi citius consumti probentur, eo vsq; extare, quo vsq; sine corruptione durare possunt, vt tradit præ cæteris *Ripa in responso 65. n. 14. sub t. de decim.* Fructus † autem plerosq; 20
(sunt enim, qui minore tempore durent, multoq; citius corrumpantur) triennio regulariter, nisi consumantur, durare solere in bonitate natiua, postea corrumpi, tradidit *gl. in l. 1. vbi Bald. num. 6. & 7. Castr. num. 4. & Franc. Aretin. C. si aduers. vsucap. Ioan. de Imol. in l. diuortio, §. interdum, nu. 12. vbi Lud. Roman. Alexan. nu. 5. Franc. Aret. num. 20. vers. in gl. verb. reddet, Ias. num. 12. ff. solut. matr. Picus in d. l. vinum, n. 25. & Alciat. ibid. nu. 31. ff. si cer. pet. Coras. lib. 3. miscell. c. 12. nu. 8. Parisius cons. 55. nu. 60. vol. 3. Natta consil. 599. nu. 4. tom. 3. Ruin. consil. 56. nu 3. vol. 2. Borgninus Caual. de tut. & cur. n. 227. & seqq. Ripa d. responso, n. 14.* & communem *dicunt Corneus consil. 104. n. 25. lib. 2. Francis. Viuius lib. com. opinion. lit. f. vers. fructus. Emanuel Soar. in thesauro recept. sentent. verb. fructus, nu. 346.* Porro † sub finem temporis, 21
vltra quod seruari fructus nequeunt, triennij puta, consumtio propterea præsumenda, quia verisimile non est, possessorem permisisse, vt fructus, qui seruari diutius absq; corruptione pristinæ bonitatis haud poterant, corrumperentur, sed potius consumendo in suam rem vertisse, vel distrahendo pretiū pro ijs recepisse, id quod in idem recidit. Quin etsi permisisset eos corrumpi, quia tamen isthæc supina vel potius malitiosa desidia, dolum aut certe culpam includit & importat, non minus, quam si consumsisset, ad æstimationē extremi temporis, vltra quod verisimiliter nequiuerunt seruari, cōdemnandus foret,

d. l. in hac, l. ſi ſeruum, in pr. ff. de verbor. oblig. juncta l. is cui, § qui legatorum, verſ. & puto, ff. vt in poſſ. ff. legat. l. item veniunt, §. redacta, ff. de petit. hered. l. item ſi verberatum, verſic. nam etſi, ff. de rei vendic. Deinde vel hac de cauſſa, cum de anteriore conſumtione minime conſtat, referenda eſt ad finem temporis vltra quod ſeruari vix potuerunt, fructuum æſtimatio, quia tempus ad anterius citra partis alterutrius injuriam referri nequit. Vel enim anteriore illo tempore, ad quod referretur æſtimatio, fructus minoris valuerunt, quam ſub finem triennij, & actor inique grauabitur, vel pluris, & reus non iniquam conquerendi cauſſam habebit, cum nihil minus conſtet, quam tunc temporis fructus eſſe conſumtos, nec vlla ratio reddi poſſit, cur ad id tempus potius, quam ad antecedentia vel ſubſequentia referri debeat æſtimatio. Secus in fine temporis, vltra quod ſeruari fructus nequiuerunt: ex eo namque propterea fructus, quorum de conſumtione, quando facta ſit, non conſtat, æſtimandi veniunt, quia conſtat à communiter accidentibus, eos vltra ſeruari nequiuiſſe, verum in bonitate natiua tunc nouiſsime ſolvi potuiſſe, *l. ſi Calendis, ff. de re judic.* Proinde ſive pluris tunc, ſive minoris valeant, quam anteriore tempore valuerint, neuter conqueri poterit, cum fundamentum intentionis ſuæ, qua fructus anteriore quopiam tempore, ad quod referri cupit æſtimationem, conſumtos fuiſſe prætendit, probare nequeat, vt ei non jus, ſed probatio deſit, *l. duo ſunt Titij, ff. de teſta. tut.* Sed hæc procedunt, quando non fuit in mora, qui fructus percepit, atque conſumſit: nam ſi maxime fuerit malæ fidei poſſeſſor, non tamen eſt in mora, niſi delictum, quod ipſo jure moram inducat, perpetrauerit, aut lapſu diei vel hominis interpellatione ſit in mora conſtitutus, vt ſuperius oſtenſum exerc. 13. ampl. 14. Quan-
22 do † vero ſuper fructibus, antequam eos conſumeret, moram commiſit, æſtimabuntur ex eo tempore, quo plurimi poſt moram fuerint, *Pi. us in l. vinum, nu. 25. ff. ſi cert. pet. Boer. deciſ. 68. nu. 2. & 4. Copus de fructib. lib. 4. t. 2. Natta d. conſil. 599. num. 4. & 5. tom. 3. Crauet. conſil. 78b. nu. 1. lib. 5. Caualca. de tut. & cur. nu. 233. & ſeqq.* per *d. l. in hac, l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. penuit. ff. rer. amotar. l. ſi ſterilis, §. cum per vendit. ff. de act. emt. l. ſi ſeruus, §. ſi ſeruus, ff. de legat. 1.* id quod procedit, etiamſi fructus non per ſeſe ſoli, ſed cum fundo præſtandi ſiue reſtituendi veniant, cum propter actionem, quæ pro eis æque principaliter aut peculiariter competit, non aliter de eis, quam de rebus principalibus judicandum ſit, nec poſſeſsio fundi poſſit impedire, quo minus juris regula, qua poſt moram ſolutioni cuiuſq; rei, quæ jure actionis exigi poteſt, facta m æſtimatio quanti plurimi præſtanda venit, etiam in fructibus, qui jure actionis exigi poſſunt, omnimodo locum habeat. Nec tamen exiſtimandum, habendam eſſe rationem æſtimationis fructuũ, quanti plurimi fuerit à tempore moræ vſque ad id tempus, quo fructuum æſtimatio præſtatur, vt temere cenſuit *Copus loc. rel.* Hoc enim jure fieri nec poſſe nec debere, paulo ante aduerſus Caſtr. & Alex. oſtendimus: ſed à tempore moræ duntaxat vſq; ad tempus conſumtionis, vel ſi de eo non conſtet, vſq; ad finem temporis, vltra quod ſeruari nequiuerũt, quo in dubio facta conſumtio præſumitur, & facta ſemel conſumtione, poſtea ne quidem aduerſus moratorem creſcere vel decreſcere poteſt æſtimatio, *d. l. in hac Angel. in §. ſi quis à non dom. n. 4. inſt. de rer. diuiſ. Alciat. in d. l. vin. n. 30. Caualc. de tut. & cur. nu. 233. & ſenſere cæteri Dd. loc. paulo ante rel.* At in fructibus officio ſaltem judicis debitis, quando reus in illis etiam commiſit moram, vtrum ad æſtimationem, quanti plurimi fuerint à tempore moræ vſque ad conſumtionem veram vel præſumtiuam, teneatur, maior ſubeſſe videtur dubitatio, non

tam ob rationem Baldi supra reprobatam, quam quia secundum *Molin. de vsur. q.21. n.224.* non datur accessionis accessio, sive in vsuris, *l. fin. C. de vsur.* sive in pœnis, *l. 1. C. de fiscal. vsur. lib. 10. l. vlt. ff. de magist. conuen.* sive in fru-
23 ctibus, *l. neq; eo. ff. de vsur.* Sed † verius arbitror, etiam in his rationem æstimationis quanti plurimi á tempore moræ vsq; ad tempus consumtionis habendam esse, vt sentisse quoq; videntur Interpretes paulo ante allegati, generaliter & indistincte loquētes, & cuiuncunt jura, quotquot æstimationem quanti plurimi à tempore moræ præstandam esse præcipiunt, quæ licet de rebus jure actionis debitis loqui videantur, tamen cum nō minus vere debeantur, quæ judicis officio quātumvis mercenario veniunt, adeoq; illis in effectu æquipolleant, siquidem non minus super his, quam super illis fit executio, reusq; tam ad horum, quam illorum præstationem compellitur, regula juris peræque in ijs procedat oportet, præsertim cum ius alioqui regulare, dispositum super eo, quod jure actionis debetur, extendendum esse ad id, quod officio judicis exigendum venit, quoties eadem vtrinq; subest ratio, *l. sed etsi suscepit, §. vlt. ff. de judic. Aretin. in l. 1. n. 4. vers. pro ista, ff. de lega. 1.* & accessorium sequi debeat naturam principalis, *c. accessorium, vbi Dd. de reg. jur. in 6.* Adde quod alioqui mora præstationi fructuum huiusmodi facta, non modo foret impunita, contra *l. in fideicommissi, §. vlt. ff. de vsur.* sed & creditori, qui fructus citra moram acceptos, cum plurimi valerent, distrahere potuisset, adeoque distructurus fuisset, nociua esset contra *l. in condemnatione, §. vnicuiq; l. factum, ff. de regul. jur. c. mora, d. t. in 6.* Præterea post litis contestationem, per quam demum super his, quæ officio judicis debentur, mora contrahitur, caussa est restituenda, qua continetur, quicquid habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore fuisset ei solutum, *l. illud, ff. de petit. here. l. præterea, ff. de rei vendic. l. cum fundus, in pr. ff. si cert. pet. l. 2. ff. de vsur.* vsq; adeo, vt etiam accessiones fructuum accessorie debitorum, quæ non præstantur vt fructus, tamen sub caussa contineantur ac debeantur, & vt caussa rei sint præstandæ, *l. equis, 8. ff. de vsur. l. Iulianus, §. idem Iulianus ait, ff. de rei vend.* Vnde cum æstimatio quanti plurimi fructibus officio judicis venientibus non minus quam rei principali accedat, & sub caussa procul dubio contineatur, prout etiam acceptis tempore litis contestatæ fructibus actor emolumentum eius fuisset habiturus, non est ambigendum, quin ea quoq;, saltem vt caussa rei, sit omnimodo præstanda. Denique non est dubium, quin post moram præstationi fructuum judicis officio venientium factam periculo moratoris ijdem intereant, vt tradidit post alios *Bolognet. in l. vinum, num. 47. ff. si cert. peta. & senserunt glossæ, quas ibidem refert, & communiter approbatas dicit.* Sed periculum interitus, & detrimenti circa bonitatem intrinsecam vel extrinsecam contingentis regulariter æquiparantur, pariq; passu procedunt, *l. si servus, §. si servum legatum, ff. de legat. 1. l. is cui, §. qui legatorum, vers. & puto, ff. vt in possess. legat. cum simil.* Quod vero Molinæus accessionem accessionis dari vel admitti negat, verum esse potest, si accessio accessionis odiosa sit, vt vsura, de qua leges allegatæ loquuntur: Secus in fructibus fructuum alijsve accessionibus nō odiosis, ad quas bona consequentia trahi non potest, quod de vsuris dispositum reperitur, si possessor illas accessionum accessiones indebite vel contra naturalem æquitatem lucraturus esset, aut per ipsum stetit, quo minus accessionum accessiones alteri præstandas perciperet, vt patet ex *d. §. idem Julianus, & d. l. equis, ff. de vsur.* nec sit perpetuum, aut semper verum, fructuum vsuras non deberi, *l. heres fur. osi, §. fructuum, ff. de petit. hered. l. eum qui, in pr. ff. de his quæ vt indign.* Quærendum † restat de 24
fructibus, qui percipi potuerunt,

ex quo

ex quo tempore æstimari debeant? Non enim ex consumtionis tempore, siquidem eo destituuntur, nec consumi potuerunt, qui percepti non sunt, nec vnquam extiterunt: non etiam ex fine temporis vltra quod ij fructus, si percepti fuissent, seruari nequiuissent, quia licet eo vsq; verisimiliter durare potuissent, non tamen semper imo nec plerumque ad id vsq; tempus huiusmodi fructus retineri, sed sæpenumero citius, prout occasio loci, temporis, aliarumve circumstantiarum suadet, distrahi vel consumi solent: Cumq; percepti nunquam fuerint, non magis eis adaptari potest præsumtiua illa consumtio, quam vera, proinde nec ad illius tempus æstimatio referri, siquidem vbi locum nequit habere veritas, ibi nec præsumtioni locus esse potest, *l. continuus, §. cum ita, vers. quia in eo, ff. de ver. oblig. l. fin. vers. veteres, C. de hered. inst.* nec fictioni, *l. qui ad certum, ff. loca. Hippol. Riminal. in §. 1. n. 33. inst. quib. alien. licet.* Multo minus ex tempore condemnationis aut solutionis, cum non in genere, sed vt species, quatenus ex fundo siue re possessa singulis annis percipi potuerunt, debeantur, vt proinde ad eiusmodi tempus, quo non amplius durare potuissent, etiamsi percepti fuissent, referri nequeat eorundem æstimatio. Quocirca in his amplector Copi sententiam *lib. 4. de fruct. lib. t. 2.* existimantis, habita ratione vniuscuiusq; anni, quo fructus ij percipi debuissent, restitutionem esse faciendam, nihilq; aliud, vt opinor, significare volentis, quam præstandam esse fructuum percipiendorum æstimationem, quæ toto proximo anno post tempus, quo percipi debuerunt, frequentior & communior in foro fuit. vt in simili sentit, & obseruatum fuisse tradit *Carol. Molin. de vsur. q. 21. n. 222.* Est enim verisimile, possessorem si tam percepisset, vt percipere debuit, eosdem, quia seruando seruari non poterant, primo quoq; tempore, prout occasio tulisset, consumturum aut distracturum fuisse, *l. is cui, §. qui legator, ff. vt in possess. legat. l. procurator tutorum, ff. de procur.* vt proinde videatur æquissimum, & vtriq;, actori scilicet reoq;, consultissimum, frequentiorem & communiorem primi anni æstimationem, quam verisimiliter in effectu quis fuisset habiturus, pro ijs solui, *l. item si verberatum, ff. de rei vend.*

25 Quod † si moram solutioni fructuum percipiendorum fecerit reus, eorundem etiamsi judicis officio saltem veniant, *gl. in §. etsi in rem, vbi Ioa. Fab. num. 3. & reliqui, inst. de off. iudic. Panor. in c. grauis, num. 7. de restit. spoliat. Pet. Gregor. in syntag. jur. lib. 21. c. 10. n. 7.* æstimatio quanti plurimi à tempore moræ fuerit, præstanda erit, *l. in re furtiua, ff. de condic. furt. l. penult. ff. rer. amot. cum sim.* sic tamen, ne porrigatur vltra tempus, quo durare potuissent, si percepti fuissent, *per prædicta*, neue grauius in nō perceptis, æque tamen in specie debitis, quam in perceptis mora coërceatur, quod absurdū fuerit. Cæterū hactenus tradita de æstimatione fructuum, procedunt, si fructus in specie debeantur, ex hoc aut illo fundo siue re certa percepti vel percipiendi: Secus † vbi fructus debentur in genere, quod interire nequit, *l. in ratione, §. incertæ, ff. ad leg. Falcid.* Tunc enim quia fructus in genere debiti interitui non sunt obnoxij, neutiquam ad conclusionem nostram pertinent, sed in ijs à tempore moræ crescit æstimatio vsq; ad sententiam vel potius executionem, secundum regulam *d. l. in re furtiua, l. sisterlis, §. cum per venditorem, ff. de act. emt. d. l. penult. & tradita per Dd. in d. l. vinum,* & in terminis de fructibus in genere debitis tradiderunt *Bart. in d. l. eum qui, in pr. ff. de his quæ vt indig. Picus in d. l. vin. nu. 25. dicens, se istud didicisse ab auunculo suo Dn. Franc. Curtio, & ibid. Alciatus n. 31. Natta consil. 599. nu. 4. & 6. tom. 3. Canalc. de tut. & cur. nu. 233. & seqq.* 26

27 Limitatur autem principalis conclusio primò: Tempus enim interitus non tam strictè venit accipiendum, vt nouissimum duntaxat momen-

tum, quo res interit, spectemus, sed vt Celsus ait, ἐν πλάτει sive latius, vt illud intelligamus, & in æstimatione attendamus, quo tantum detrimenti res accepit, vt eam ob caussam necessariò sit propediem interitura: Sic Vlpianus ipse declarat sententiam suam in *d. l. in hac, vbi post alios interpretes Donell. num. 7.* estque manifesta huiusce declarationis ratio, à ICto ipso in verbis *ne ea exiguum pretium æstimatio redigatur* subjecta, quia cum non illico post caussam interitus actu positam res perit, extremo, quo deinceps interit, momento parum valet, quippe sensim ita corrupta, vt nouissimo vitæ vel existentiæ tempore ferme nec vsui nec fructui possit esse: Proinde ne creditor, cui propter adversarij dolum, culpam aut alia de caussa post interitum æstimatio rei præstanda est, perexiguum aut nullum rei pretium consequatur, quod iniquissimum foret, jurisque rationi velut è diametro contrarium, necesse est, vt ad id tempus æstimatio referatur, quo res alioqui salua & incolumis tantum detrimenti accepit, vt necessariò sit ea de caussa propediem interitura: Facit huc, quod in simili Paulus ad Labeonem notat in *l. si hominem, ff. de re vend.* & Vlpianus *in l. ait lex, vers. quod si, ff. ad leg. Aquil.*

28 Limit. II. quando mora debitoris interitum rei præcessit, & à tempore moræ quandoque pluris valuit, quam postea cum interiret: tunc enim non ad tempus interitus, sed ad anterius moræ durantis, quo res plurimi valuit, reducenda erit æstimatio, *d. l. in hac, vbi Dd. gl. & Dd. in d. l. vinum, ff. si cert. pet.* Rationem si quæras, non alia videtur esse, quam quia res, quo tempore post moram plurimi fuit, eo etiam tempore ita, vti tunc erat, omnimodo debita fuit: Proinde sicut necesse tunc fuit, aut eam præstari talem, aut pro re, quæ non præstaretur, æstimationem eius, ita mora, in qua tunc debitor est, perpetuatione obligationis efficit, vt quod semel tum deberi cœpit, perpetuo debeatur. Cuius porro consequens est, vt quemadmodum interitus rei post moram nequit officere creditori, quo minus ei sit præstanda æstimatio quanti plurimi, ad quam propter aduersarij moram semel ei jus quæsitum fuit, ita nec eidem, si res debita tempore moræ plurimi valens deterior sive quo ad extrinsecam solummodo bonitatem, sive quo ad bonitatem etiam intrinsecam facta sit, nocere possit, quo minus habenda sit æstimatio, quanto res deterior facta est, ne jus ad æstimationem quanti plurimi propter aduersarij moram ei semel quæsitum sine facto suo tollatur, & inuito extorqueatur, contra *l. vlt. ff. de pact. l. id quod nostrum, ff. de reg. jur. cum simil.*

Limit. III. in actione legis Aquiliæ, qua non simpliciter ad tempus interitus damniue injuria dati refertur æstimatio, sed delictum eius, qui damnum injuria dedit, ita coercetur, vt qui hominem alienum, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occidit, teneatur ad æstimationem, quanti ea res in eo anno retrorsum à die damni dati computato plurimi fuerit, *l. ait lex, ff. ad leg. Aquil. & in pr. inst. de leg. Aquil.* Qui vero præter hominem & pecudem occisos, in homine, pecude, cœterisq; rebus alienis quacunq; ratione damnum injuria dedit, domino teneatur ad æstimationem, quanti ea res in diebus triginta proximis itidem retro à die damni dati computatis plurimi fuisse deprehenditur, *l. si seruum, §. tertio autem, l. quemadmodum, §. vlt. ff. ad leg. Aquil. §. capite tertio, inst. de leg. Aquil.* 29



EXER.

EXERCITATIO DECIMASEPTIMA,

De tempore, quod est à condemnatione vsq; ad executionem, quo ad æstimationem attendendo.

SVMMARIA.

1. *Tempus condemnationis in æstimatione ineunda spectandum.*
2. *Nisi res prius interierit, aut post moram deterior facta sit.*
3. *Dispositio* l. in hac, ff. de condic. trit. *non procedit in tempore condemnationis per appellationem suspensæ.*
4. *Debitor appellans, quando non est in mora, mutatio valoris ei nec prodest nec obest.*
5. *At in mora existenti nocet.*
6. *Quid creditore appellante sit juris, exponitur.*
7. *Tempus confectionis instrumenti paratam executionem habentis quo ad æstimationem non est attendendum.*
8. *Adducuntur fundamenta pro sententia Bartoli asserentis tempore judicati legitimo ne quidem aduersus moratorem habendam esse rationem æstimationis crescentis.*
9. *Contraria defenditur.*
10. *Rationes prioris opinionis diluuntur.*
11. *Tempore, quod est à fine dilationis legitimæ condemnatis indultæ vsq; ad executionem tenetur debitor ad æstimationem quanti plurimi, perinde vt quouis alio moræ durantis tempore.*
12. *Impugnatur Anton. Fab. contraria sententia.*
13. *Disputatur aduersus eundem de intellectu* l. in hac, ff. de condic. trit.
14. *Quatenus æstimationis adiudicatæ fiat executio, succinctè declaratur.*



Restat vltimum tēpus, quod est á condemnatione vsq; ad executionem: Hoc vniforme nō est, sed in alia quatuor, ad quæ diversimode respectus habetur in æstimatione ineunda, subdistinguitur: Continet enim tempus latæ sententiæ, tempus item judicati actionis legitimum, quodq; post hujus lapsum sœpissime succedit ante executionem, deniq; tempus executionis.

1 De† primo Seruius eumq; secutus Vlpi. ait, si quæratur, res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, tempus condemnationis esse spectandum, *l. in hac, vbi Dd. ordinarie, ff. de condic. tritic. gl. in l. vinum, vbi Bart. n. 6. & 13. Bald. n. 8. Castr. n. 10. dicens,* communem, *Al. n. 15. Sal. n. 17. Ias. nu. 19. & 21. Zas. n. 20. & 21. Al. n. 41. Lor. n. 38. Bol. n. 65. Donell. n. 22. ff. si cert. pet. Bart. in l. 3. §. in hac, n. 8. & 14. vbi Bald. n. 3. Cast. nu. 5. ff. commod.* Quod etsi verum sit in distincte, siue reus ante condemnationem in mora fuerit, siue non, vt ex *d. l. in hac,* non obscure patet, & ibidem Dd. tenent, maxime *Don. num. 5.* nec in specie modo siue re certa, vt perperam post *Alciat. censuit Donell. in d. l. vin. num. 22. & d. l. in hac, n. 11.* sed & in debito generis procedat, vt ostensi *supr. exerc. 12. limit. 1.* dummodo subsit casus, quo pro re in genere debita veniat æstimatio præstanda, puta, si aliquot amphoræ vini certo fundo nati debeantur, & dominus id vendere nolit, vel immodico demum pretio sit venditurus, *l. si domus, §. qui confitetur, ff. de lega. 1. l. non dubium, §. vltim. ff. de lega. 3.* duæ † tamen insignes ab Vlpiano limitationes addun- 2
tur in *d. l. in hac,* prior illa quidem,

 nisi

nisi debita res ante sententiam desierit esse in rebus humanis: tunc enim tempus interitus condemnationem anteuertens esse attendendum liquet ex præcedenti exercitatione: posterior, si post moram ante condemnationem res deterior facta sit, quo casu Marcellus & Vlpianus æstimationem haberi volunt, quanto res deterior ante sententiam facta sit: Non est autem dubium, quin res cum fieri deterior cœperit, cum in ea valor quanti plurimi, quem post moram habuit, siue propter diminutam intrinsecam bonitatem, siue aliis de caussis diminui cœpit, tantoq; deterior facta sit, quanto magis ille valor decreuit, resq; vilioris æstimationis effecta fuit, *l. si seruus*, §. *rupisse*, *ff. ad leg. Aquil. l. Titius*, §. *fin. & l. idq. Iulianum, ff. de act. emt. l. in fundo, ff. de rei ven. l. si seruos, ff. de pignor. act. l. in quantitate*, §. *magna, ff. ad leg. Falcid.* Quo fit, vt cum tanto res deterior facta censeatur, quanto magis à valore quanti plurimi desciuit, reus ad æstimationem, quanto res pluris tempore moræ durantis fuit, sit condemnandus, quia cum res plurimi valeret, talis, vt erat, à moratore præstari tunc debebat, *l. si sterilis*, §. *cum per venditorem, ff. de act. emt.* & quoniam tunc soluta non fuit, mora in eodem statu perpetuam reddidit obligationem, vt hodie, quando talis non amplius præstari potest, qualis tunc fuit, pro eo quod abest, æstimatio præstari debeat, *l. in re furt. ff. de cond. furt. Don. præ cæte. in d. l. in hac, n. 15.* Cæterũ, vbi mora non præcesśit, vel præcesśit quidẽ, res tamen ante sententiam, nec in rebus humanis esse desiit, nec deterior facta est, planum est, nullius anterioris, quam quo sententia fertur, temporis æstimationem fieri oportere: Siue enim debitor in mora non fuit, non potest ad anterioris temporis æstimationem condemnari, cum qualiscunq; prius æstimatio fuerit, præcedentium temporum periculum nõ ad ipsum, sed ad creditorem pertineat, *l. si ex legati, ff. de ver. obl. l. fundum, ff. de nouat. l. contractus, ff. de reg. jur.* Siue moratus est, necesse est, vt res cum non deterior facta fuerit, vel eiusdẽ bonitatis & valoris remanserit vsq; ad condemnationem, & non modo facilius de præsenti constabit æstimatione judici, verum etiam plane superuacuum erit ad alia tempora æstimationẽ retro ferri, cum res etiamnũ hodie pristinum valorem obtineat: Vel melior siue maioris valoris tempore sententiæ ferendæ sit, & necessario referenda erit eius æstimatio nõ ad anterius quam condemnationis tempus, cum sit certo certius, id commodum creditori cedere, siue debitor in mora fuit, *l. in re furtiua*, §. *si ex caussa, ff. de condic. furt. l. penul. ff. rer. amot.* siue non, *l. id quod post, ff. de peric. & comm. rei vend. l. fundum, ff. de nouat. Bart. in l. 3.* §. *in hac, n. 15. ff. commod.*

Sciendum † tamen, dispositionem *d. l. in hac*, procedere saltem in tempore sententię transeuntis in rem judicatam, non alius, quæ per appellationem suspenditur, vt recte limitant *Bald. in d. l. vinum, n. 13. & ibid. Castr. n. 10. Ias. n. 22.* Talis enim habetur pro nondum lata. *l. qui à latronib.* §. *vlt. ff. de testamen.* siquidem prouocatio caussam reducit ad eum statum, in quo erat post litem contestatam, vt de tempore pendentis appellationis non aliter, quam de tempore, quod est à litis contestatione vsq; ad sententiam, sit judicandum, *l. ita demum, vbi Dd. C. de procur.* & extinguit condemnationis pronunciationem, *l. 1. in fi. ff. ad SCtum Turpil.* saltem quo ad præsentem caussæ statum, *gl. in d. l. 1. in fin. Castr. in l. tale*, §. *qui prouocauit, n. 5. ff. de pact. & relati per Gailium lib. 1. obser. 144. n. 1.* vsq; adeo, vt etiamsi postea per judicem appellationis feratur sententia prioris confirmatoria, non tamen reuiuiscat prima, sed virtus eius in secundam transfundatur, *secundum Castr. in d.* §. *qui prouocauit, n. 6.* Quare licet judex, quando protulit priorem sententiam, non aliam, quam temporis illius æstimationem respicere potuerit, si tamen appellatione pen- 3

dente

dente creuerit eâ vel decreverit, non referenda erit etiamnū ad tempus latæ sententiæ prioris æstimatio. Distinguendum igitur, vtrum debitor appellans in mora fuerit, nec ne? Nam si ne † quidem lata contra sese sententia, in mora fuerit, puta, si iustam litigandi caussam habuerit etiam pendente appellatione, neutiquam ipsi nocere debebit aut poterit decrementum æstimationis rei debitæ pendente appellatione superveniens, *l. fundum, ff. de noua*. cum non nisi post moram debitoris periculo res debita deterior seu vilior fiat, *l. si seruus, §. si seruus legatus, ff. de lega. 1.* nec teneatur, nisi quanto res deterior post ipsius moram esse cœperit, *d. l. in hac*. Vnde consequitur, si ne quidem tempore secundæ sententiæ ferendæ, facultatem rei præstandæ habeat, cum à judice appellationis non ad æstimationem rei maiorem, quæ tempore sententiæ prioris viguerat, & a priore judice considerata fuerat, sed ad præsentem aliquanto viliorem esse condemnandū, per *d. l. in hac, in pr. iuncta d. l. fundum, & d. §. si seruus leg. cum similib.* Sed & è diuerso, si quod augmentum æstimationis rei debitæ pendente appellatione superveniat, non id ad debitorem, sed ad creditorem pertinebit, vt si tēpore secūdæ sententiæ ferendæ præstatio rei non sit in potestate debitoris, tanto maior creditori adiudicari debeat æstimatio, quanto melior siue maioris valoris tunc res est, quā tempore sententiæ prioris fuerat, *d. l. fundum, iuncta l. id quod post, ff. de peritu. & com. rei ven. l. secundum naturam, ff. de reg. jur. Bald. & Cast. lo. rel.* Nam quod judex ad quem fuit appellatum, accessionum rei pendente appellatione superuenientium rationem habere in sententia possit ac debeat, liquet ex *l. tutor, in princ. ff. de vsur. l. vlt. vbi Dd. ff. de re judic. l. negotiorum, ff. de appellat. l. si longe, C. de exec. rei judicat. c. dilectis, c. Nicolao, de appellat.*
5 Quod † si vero in mora fuit, & tempore secundæ sententiæ ferendæ res minoris valeat, dubium non est, quin æstimationis, quanti plurimi à tempore moræ fuerit, aduersus frustratorem in posteriore condemnatione ratio debeat haberi, vt siue rem ipsam præstare sit paratus, quod æstimationi quanti plurimi deesse dignoscitur, supplere teneatur, siue illius præstandæ facultatem non habeat, quanti plurimi tempore moræ durantis valuit, eius loco soluere debeat, per *l. in re furtiua, §. si ex caussa, ff. de condic. furt. d. l. in hac, vers. in vtroq., l. penul. ff. rer. amotar.* Sin autem appellatione pendente res pluris valere cœperit, constat, illius etiam augmenti, nisi res ipsa, quando plurimi valet, præstetur, omnimodo rationē haberi oportere, *jur. modo rel. iuncta l. vlt. ff. de re judic. Bald. & Castrens. lo. præcit.* Quid vero, si creditor debitore condemnato duxerit appellandum? Eadem † nihilominus obtinebunt, quæ modo de debitore dicta fuerunt, cum si maxime creditor justa provocandi, & in secunda instantia litigandi caussa destituatur, non tamen ideo moram incurrere videatur, quippe qui neutiquam in mora constituitur, nisi per eum steterit, quo minus acciperet, *l. hominem, ff. mand. l. interdum, §. vlt. ff. de verb. obl. l. qui decem, ff. de solu. cum concor.* ac per ipsum stare non potest, quo minus accipiat, nisi facta sit oblatio, *jur. præcit.* nec inducit appellatio licet injusta contra eum præsumtionem, quod adjudicatum debitum nō esset accepturus, etiamsi offerretur, siquidē exactionem residui nondum adjudicati mediante protestatione reseruare potest, *l. non vtiq., §. idem Jul. ff. de eo quod cer. loc. jun. l. si debitor, §. si in vendi. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Quare si debitor ante priorem sententiā in mora fuerit, cum mora semel contracta duret eo vsq., dum oblatione vel solutione sive satisfactione tollatur, appellante citra justam caussam creditore neutiquam in mora esse desinet, appellatione pendente, ac proinde dāni, quod ex mutata interim æstimatione provenit, resarcioni erit obnoxius, nisi debitum sententia priore adiudicatum offeren- 6

offerendo creditorem in mora constituerit: quo casu non modo post oblationem pro futuro tempore a periculo immunis erit, *d. l. interdum, §. ulti. d. l. qui decem*, verum etiam si res in genere suo functionem recipiens siue quantitas in obligatione versetur, & interim creuerit eius æstimatio, creditori deduci poterit augmentum illud superueniens, *per ea quæ supra exerc. 12.*
7 *ampl. 1. fuere tradita.* Porro † licet instrumenta sæpissime vel ex statuto, vel speciali pacto, vel ob confessionẽ judicialem superuenientem aut alia de caussa vim sententiæ habeant, paratamque mereantur executionem, neutiquam tamen tempus instrumẽti confecti quoad æstimationem erit attendendum, cum per illud non imponatur necessitas illico præstandi rem debitam, qualis per sententiam deducto tamen, quod miserationis caussa indulgetur, judicati tempore, imponitur, sed impune solutionem differre liceat, donec interpellatione demum debitor in mora constituatur, *Bart. in l. eum qui, §. si jurauero, nu. 3. in fine, dicens hoc obseruare hodie consuetudinem, & ibid. Castr. n. 7. Alex. n. 6. Iason n. 14. ff. de jurein. Alex. in l. si insulam, nu. 4. vbi Ripa n. 14. & 15. Bolognet. n. 50. ff. de verb. obliga. Ias. in l. quod te, n. 5. ff. si cert. pet. & in l. si ex legati, n. 7. ff. de verb. obli. M. Anton. Bauerius de mora, p. 2. nu. 22. Rebuff. ad constit. regni Gall. to. 1. t. de liter. oblig. art. 2. gl. 1. num. 27. Natta consil. 66. n. 11. tom. 1. Anton. de Canario de exec. instrument. q. 40. n. 79. Colerus de processib. execut. p. 3. c. 3. n. 3.* Etenim sive dies in instrumento solutioni sit assignatus, nemo dubitat, ante lapsum diei nec officium judicis pro executione implorari posse, nec moram induci, nec debitorem ad æstimationem quãti plurimi teneri, *l. vinum, ff. si cer. peta. l. ult. ff. de condic. tritic. l. quoties in diem, ff. de verb. obl. l. cum soluendo, ff. de distrac. pign. l. soluitur. §. si paciscatur, ff. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* Siue instrumento compræhensa sit eiusmodi obligatio, qua tacite vel expresse indeterminata quæpiam dilatio ad solvendum conceditur, eaq; intentione alter obligatur, vt is rem siue pecuniam non nisi postquam per tempus aliquod vsus ea fuerit, soluere teneatur, vt in mutuo vsuuenit, planum est, nõ nisi creditore post tempus, intra quod vti re siue pecunia obligatus commode potuit, interpellante debitorem in mora constitui, ac proinde non nisi ab eo tempore, quo moram incurrit, ad æstimationem quanti plurimi teneri posse, per ea quæ *Bart. & cæteri Dd. tradunt in l. si pœnam, ff. de verb. obl. Dec. in l. in omnibus, n. 3. & ibid. Cagnol. n. 1. & 2. ff. de reg. jur. Rebuff. d. t. de lit. oblig. art. 1. gl. 1. nu. 27. Coler. d. c. 3. n. 7.* Siue instrumento contineatur obligatio, quæ talem dilationem non importet, nihilominus opus erit interpellatione, priusquam debitor in mora sit, & ad æstimationem quanti plurimi teneatur: Tum, 1. quia pariter eodemq; tempore obligari quis & in mora constitui non potest, *l. promissor Stichi, §. si sine, ff. de const. pec. l. quod dicimus, ff. de solut. cum concor. Bar. & Dd. in l. eum qui, §. si jurauero, ff. de jurein. & in l. quoties in diem, ff. verb. obl.* multo minus á tempore contractus, quo plerumq; concipitur instrumentum, *l. contractus, C. de fidei instrum.* protinus aduersus eum æstimationis quanti plurimi ratio haberi potest, vt ostensum exerc. 10. Tum, 2. quod sententiæ vis & executio parata instrumento non alia de caussa vel intentione tribuitur, quam ne creditori pro consequendo debito necesse sit ordinarium in judicio processum instituere, sed aduersus soluere cessantem, protinus officium judicis implorare liceat pro executione obtinenda: Atqui caussa illa siue intentio nihil omnino facit ad moram tempore confecti instrumenti protinus inducendam, potius eandem vsq; ad interpellationẽ differt, multo minus importat necessitatem æstimandi aduersus debitorem, quanto res à tempore obligationis instrumento compræhensæ deterior facta sit. Proinde tempus illud nec moram inducit, nec quo ad æstimatio-

mationem erit attendendum, cum agentis intentionem dispositio non debeat egredi. *l. non omnis, ff. si cert. pet.* nec plus virtutis inesse caussato queat, quam procedat ab influenti potentia caussæ, *l. Publius, §. vltim. ff. de cond. & demo. l. filium habeo, ff. ad Maced. Ioan. Andr. in c. ad apostolica, de re judic. in 6. Bald. in l. 1. ff. de senat. Natta consilio 187. numer. 6. vol. 1.* Tum, 3. per *l. creditores, C. de pignor.* vbi ex pacto paratam obligatio habebat executionem, nec tamen ab initio protinus in mora debitor erat, sed tum demum, quando non reddebat pecuniam: Tunc vero reddita non est pecunia, quando debitor interpellatus non dat, *l. 1. in fi. ff. de penu. lega. l. si penum, ff. quando dies lega.* siue per eũ stat, quo minus reddat, *l. ita stipulatus, vbi Dd. ff. de verb. obli.* Facit huc in simili textus *l. si cessante, C. de distr. pignor.* vbi creditori distrahere pignora, sibiq; inde satisfacere licet, quod in effectu nihil aliud est quã executio: cũ tamen tantum abiit, ibi debitorem pro frustratore illico sub initium obligationis haberi, ut pignora distrahere non ante liceat, quam cessatio, quæ tempore contractus interuenire nequiuit, solutioni sit facta. Tum, 4. quia sententia post elapsum legitimũ judicati tempus condemnatum in mora constituit non per sese, sed propter antecedentem debiti petitionẽ, quæ obstante caussa litigandi non iniusta morã inducere non ante potest, quam per sententiã obstaculũ illud remoueatur, & tempus condemnato miserationis gratia indultum transeat, *l. in fideicom. ff. de vsur.* At instrumentorum paratam executionẽ habentium confectionem exactio siue petitio debiti nulla præcedere solet: Quocirca nec instrumenta, quantumuis alioqui sententiæ vim obtinentia quenquã in mora constituere possunt, nedum efficere, vt æstimationis quanti plurimi ratio contra eũ habeatur. Quibus porro consequens est, opinionẽ Cast. *in l. eum qui, §. si jurauero, n. 7. ff. de jurej.* sub dubio censentis, instrumentum super obl. pridem contracta confectũ in mora constituere debitorẽ, licet ei subscribat *I. ib. n. 10.* jure sustineri vix posse, quia licet ratio prima, qua Bartol. eo loci mouetur, tali casu deficiat, cœteræ tamen hic omnimodo sibi locũ vendicant, & notissimi juris est, id quod plures ob caussas siue rationes statuitur, aut prohibetur, firmum remanere, quãtumuis vna vel altera caussa cesset, *§. affinitatis, inst. de nup. l. si non lex Ælia, vbi Bal. & Io. de Im. ff. de her. inst.*

8 Cœterum† altero tempore, quod immediate condemnationem sequitur, & à lege humanitatis caussa condemnatis indulgetur, æstimationem nõ crescere, hoc est, crescentis æstimationis rationem non habendam esse, quantumvis ante sententiam in mora fuisse debitor, censuit *Bart. in l. 3. §. in hac, n. 12. & 14. ff. com. Cast. in d. l. vinum, n. 10. ubi Bal. n. 66.* Nam quod non minus de eo, qui moram fecit ante sententiam, quam de eo, qui postea demum committit eandem, loquantur, ex eo satis apparet, quod à tempore moræ non modo vsq; ad sententiam, verũ etiam vsq; ad executionem deducto saltem legitimo judicati tempore, æstimationis quanti plurimi rationem esse habendam asserunt. Vt autem hoc tempus exciperent, moti sunt textu *l. in fideicommiss. ff. de vsur.* Ibi namque Papin. hæredem de commodis fideicõmissi, cuius in restitutione post sententiam demum morã fecit, legitimo tempore condemnatis adulto perceptis fideicõmissario minime teneri, nõ obscure profitetur. Ac licet in eo, qui ante sententiam in mora fuit, diuersũ statuat, hoc tamen ea de caussa facit, ne tali moratori ea temporis intercapedo lucrum afferat: quæ ratio cũ in æstimatione legitimo judicati tempore moratori lucrum haud vllum afferente cesset, consequitur, posteriorem Papiniani decisionem huc trahi vel extendi minime debere, sed potius vigore prioris decisionis moratorem esse relevandum, ne pro eo etiam tempore, quod humanitatis gratia ipsi à lege conceditur, præstationi æstimationis quanti plurimi sit obnoxius.

Addi

Addi pro vlteriore confirmatione potest, quod eo tempore pendente debitum licet adiudicatum exigi nequit, *Anton. Fab. lib. 7. coniect. c. 1.* & vbi petitio nequit habere locũ, ibi nec mora intelligitur fieri, *l. si pupillus, ff. de verb. obl. l. nulla, ff. de reg. jur.* Mora vero sublata quis illius temporis, quo non est in mora, periculo liberatur, *l. qui decem, ff. de solut.* Rursus quoties, vt casu nostro contingit, moratori dilatio datur, eo ipso mora purgari siue remitti censetur, *secundum gl. in l. mora, verb. repetendi, & ibid. Dd. ff. de vsur. Bart. in l. si rem, in pr. vers. item opp. vbi Ioan. de Imo. n. 1. v. item non obstat, ff. de nouat. Bald. in l. acceptam, n. 31. C. de vsur. Jas. in l. vinum, n. 16. ff. si cer. pet. Coras. lib. 2. miscell. c. 6. n. 4. Carol. Molin. de vsur. q. 82. n. 610. cum seqq.* Præterea judicati actione prior obligatio nouatur, *vt est tex. not. in l. vlt. vers. si enim nouatur, C. de vsur. rei judic.* nouatione vero moram purgari, notissimi juris est, *l. si Stichum, in pr. l. quoties, vers. vnde Marcellus, ff. de nouat. l. qui decem, §. si cum mihi, cum §. seq. ff. de solut.* Cumque lite contestata vsuræ currant adversus moratorem, *l. lite contestata, ff. de vsur.* attamen earum cursus post sententiam inhibeatur, *d. l. vlt. vers. si enim,* ac post legitimum judicati tẽpus demum aliæ vsuræ ex judicati actione tantummodo sortis procedant, *l. 1. 2. & 3. C. de vsur. & rei judic.* æstimationis autem augmentum vsuris non dissimile sit, & inter accessiones rei peræque referatur, par est, vt eo tempore nec illius vlla ratio habeatur. Deniq; si tempore judicati legitimo creuerit etiamnum æstimatio, sententia non esset terminus vsq; ad quem ratio æstimationis quanti plurimi habetur. Non minus enim post, quem sententiam, toto illo tempore, quod est a mora per interpellationem extraiudicialem vel judicialem contracta vsque ad executionem ratio illius haberetur: Cuius porro consequens esset, Servium & Vlpianum perperam vel inutiliter respondisse, tempus sententiæ siue condemnationis quo ad æstimationẽ esse spectandum, *d. l. in hac, ff. de condic. trit.* Hoc cum sit absurdum, id etiam, vnde sequitur, absurdum esse necesse est. Verum † hisce non obstantibus contrarium, quod videtur esse de mente aliorum interpretum æstimationis etiam post sententiam adauctæ rationem esse habendam simpliciter asserentium, 9
nec legitimum tempus miserationis gratia indultum excipientium, *Bal. in d. l. vinum, n. 9. 22. & 23. vbi Jas. nu. 22. & Pic. n. 22. Paris. cons. 87. nu. 20. & 21. vol. 3.* amplector, & Bartoli sententiã juri minus esse consentaneam arbitror. Nam si condemnatus ante sententiam in mora nondum fuit, constat quidem, eum nec tempore, quod post condemnationem reis indulgetur, moram incurrere posse, ac proinde si per id tempus æstimatio rei decreverit, detrimentum sine dubio creditoris erit, non debitoris, quippe nondum in mora constituti, *l. si seruus, §. si seruus legatus, ff. de lega. 1.* vt contra eum nec possit nec debeat haberi ratio, quanto res á tempore sententiæ, vsq; ad finem legitimi temporis deterior facta sit, *d. l. in hac.* Similiter etiã si per id tempus creuit, si tamen ante lapsum illius iterum decreuit, ad illud æstimationis augmentũ debitor haud quaquam tenebitur, propter eandem rationem, quia bonitas rei seu valor ante moram, quo de casu loquimur, periculo creditoris decrescit, non debitoris, *d. l. si seruus, §. si seruus legatus, l. fundum, ff. de nouat.* vt hic casus non minus quam præcedens apud interpretes nostros extra controuersiam sit. Quod si vero per idem tempus æstimatio rei creuerit, vel initio quidem decreuerit, postea tamen lapso nondum tempore legitimo rursus creuerit, vt valorem, qui tempore sententiæ fuerat, excederet, secundum Bartoli sententiam huius augmenti ratio nulla foret habenda, quod & legibus & rationi repugnat. Legibus quidem ideo, quia certi juris, incrementum bonitatis & æstimationis, etiam ante moram debitoris cedere

commo-

commodo creditoris, vt sive ipsius rei præstandæ facultatem habeat debitor, eam, vti tunc est, quando præstanda venit, meliorem scilicet ac pluris quam anteriore tempore valentem præstare teneatur, *l. id quod post, ff. de peric. & com. rei vend. d. l. fun tum, vers. denig. tradit q. præ cæteris Bartol. ipse in l. 3. §. in hac, n. 15. ff. commod.* Sive rei præstatio non sit in ipsius potestate, proinde illius æstimationem soluat, non anterioris temporis, quo res minoris valuit, sed valorem longe maiorem, qui tempore solutionis est, quemve creditor in effectu consequeretur, si res ipsa præstaretur, solvere debeat, *d. l. fun tum, vers. denig. & patet ex l. cum certum, l. Titia, ff. de aur. & arg. lega. l. in lege Falcidia hoc esse, §. corpora, ff. ad leg. Falcid. l. si donata, ibi, quanti ea res sit, ff. de donat. inter vir. & vx. l. filiusfa. §. si quid alii, ff. de lega. 1. tum simil. Bart. in d. §. in hac, n. 15.* Rationi vero, quia tempore condemnatis indulto creditoris periculo res fit deterior, sive decreicit æstimatio, nullumq; debitor in mora nondum constitutus inde detrimentum sentit. Quare postulat omnimodo ratio juris, vt creditoris commodo vicissim cedat, si res eo tempore melior, sive maioris valoris efficiatur, *§. si Aetsi, vers. nam & commodum, inst. de emt. & vend. l. secundum naturam, ff. de regul. jur. cum con. or.* idq; vel eo magis, quia si debitor augmentum valoris eo tempore supervenlens deducere posset, cum jactura creditoris minus, quam hodie res ipsa sit, accepturi locupletaretur, quod ratio juris etiam naturalis auersatur, *l. nam hoc natura, ff. de con. tic. indeb. l. jure naturæ, ff. de regul. jur.* Multo minus autem Bartoli sententia sustineri potest, quando mora sententiam præcedit. Contrarium namq; probat evidenter *d. l. in fideicommissi*, si diligentius perpendatur. Cum enim fructuum eius temporis, quod judicatis datur, præstandorum necessitatem hæredi, qui moram fecit ante sententiam, incumbere doceat Papinianus, & fructus fideicommissi relicti non nisi cum est in mora, ab eo deberi, asserat ibidem, luce meridiana clarius hinc apparet, statuere Papinianum, moram inchoatam ante sententiam neutiquam tolli condemnatione, nec suspendi, sed durare atq; continuari, etiam tempore, quod judicatis indulgetur. Dubium vero nō est, quin ad eius temporis, quo quis est in mora, æstimationem quanti plurimi teneatur, *l. in re furtiua, §. si ex causa, ff. de condict. furt. l. in hac, ff. de condic. tritic. l. penult. ff. rer. amot.* Rursus loquitur Papinianus eo loci de præstatione fructuum tempore condemnatis indulto non modo perceptorum, sed & percipiendorum, & præ cæteris erudite tradit *Ant. Faber lib. 7. conject. c. 1.* quippe cum perinde fructuū nomine contineantur, & quorum fructuum præstationi moratorem ante sententiam obnoxium fieri constat, nempe tam [illegible] endorum, quam perceptorum, *l. [illegible] seruus, §. fructus autem, ff. de lega. 1.* eorum præstationi frustratorem etiam tempore condemnatis indulto Papinianus obnoxium fieri velit. Atqui nihil ex percipiendis hæres emolumenti sentit, nec in vtilitatem suam eos conuertit, quippe quos nunquam percepit. Quare liquido patet, Papinianum ibi per lucrum, non id modo emolumentum, quod ex fructibus perceptis morator consequitur, intelligere, sed pro lucro id quoq; habere sive reputare, si frustrator ab eo, cuius alioqui præstationi propter moram est obnoxius, releuetur. Vnde cum ob moram quis ad æstimationem quanti plurimi teneatur, consequitur, illam temporis intercapedinem condemnato neutiquam hoc lucri afferre posse vel debere, vt a præstanda illius temporis æstimatione quanti plurimi sit immunis. Deinde probat idem textus notabilis *in l. item si cum, §. quatenus, vers. quod si homo, ff. quod met. caus.* vbi res sine dolo malo & culpa eius qui vim intulit, & condemnatus est, peremta, frustrator ab æstimatione rei præstanda, si intra tempora judicati actionis illa pereat, relaxatur, quia iste

pli pœna propter facinus ſatisfacere cogitur. Qua ratione ICtus clariſsime innuit, regulariter ita iure communi comparatum eſſe, vt fruſtrator etiam de interitu rei teneatur, qui tempore judicati actionis pendente contingit, alioqui vim inferens in tali caſu non ob tripli pœnam releuaretur, vt Vlpianus aſſerit, ſed iure communi tutus eſſet. Notum eſt autem, quod rem interire, ac deteriorem fieri, niſi manifeſta ſubſit ratio diuerſitatis, jure noſtro æquiparentur, vt de illo diſpoſitum, etiam de hoc intelligi debeat, *l. ſi ſeruus, §. ſi ſeruus legatus, ff. de legat. 1. l. ſi cui, §. qui legatorum, verſ. & puto, ff. vt in poſſ. legator. Donell. in d. l. in hac, n. 27. verſ. de re, ff. de condic. trit.* Quocirca ſicut periculo fruſtratoris tempore judicati actionis adhuc durante res interierit, ita ipſius etiam periculo res eodem tempore plurimi valens deterior fiet, vt quanto res deterior facta ſit, haberi ratio debeat, hoc eſt, æſtimatio quanti plurimi, ſiue quod ei deeſt, præſtari debeat, *d. l. in hac, & d. l. ſi ſeruus, §. ſi ſeru. legatus.* Quibus accedit, quod ſi æſtimationis tempore condemnatis indulto creſcentis ratio non eſſet habenda, condemnati longe melior eſſet conditio, quam fuit ante ſententiam, ſiquidem ad æſtimationem, quanti à tempore moræ vſque ad condemnationem res plurimi fuit, tenebatur: Conſequens autem eſt abſurdum, cum ſit iniquiſsimum, rem judicatam ei proficere, contra quem judicatum eſt, vt Iulianus ait, *in l. euidenter. ff. de except. rei jud.* Igitur & antecedens. Quod ſi cauſſam reſpicias, cur dilationem condemnatis lex indulgeat, ea fuit, vt intra conceſſam dilationem condemnato ſua ſponte ſoluente, neceſſe non ſit manu militari officio judicis executionem fieri, *l. debitorib. ibi, tempus ad ſoluendum, ff. de re judic.* Poteſt autem non modo ſua ſponte ſoluere condemnatus, etiamſi pendente dilatione præſtationi æſtimationis quanti plurimi ſit obnoxius, verumetiam metu periculi, ne mutato præter opinionem valore rerum damnum ad ipſum redundet, magis inuitatur ad ſatisfaciendum, & executionem euitandam: vt proinde nihil minus voluerit legislator, quam releuare condemnatum, ne creſcentis interim æſtimationis aduerſus eum ratio habeatur. Deniq; propter moram creditori protinus eſt acquiſitum jus, vt morator ei teneatur ad æſtimationem, quanti res debita plurimi fuerit à tempore inchoatæ moræ vſq; dum creditori ſatisfiat, aut per eum ſtet, quo minus ſatisfiat, *l. in re furtiua, §. ſi ex cauſſa, ff. de condic. furt. l. in hac, ff. de condic. trit. l. ſi ſterilis, §. cum per vend. ff. de act. emt. l. penul. ff. rerum amot. l. qui decem, ff. de ſolut.* Semel autem alicui quæſitum jus, inuito nullatenus extorqueri debet, *l. vlt. ff. de pact.* præſertim ſi pro eo judicatum ſit, cum quod jus actor ante ſententiam habuit, id amitti poſt victoriam dilata paulisper executione non oporteat, *l. poſtquam, §. 1. verſ. quod enim, ff. vt lega. ſeu fideic. ſeru. cauſſ. caue.* Nec † obſtant, quæ pro ſententia Bartoli adduxi. 10 Namq; *d. l. in fideicommiſſi*, quam Bart. & qui ſequuntur eum, allegant, quam maxime ipſis aduerſatur, nec Papiniani ratio ſine abſurditate reſtringi poteſt ad id modo lucrum, quod ex rei corpore fuit actu perceptum & acquiſitum, vt fructus percepti, prout paulo ante oſtenſum. Vt omittam, fruſtratorem non diſsimile lucrum fore percepturum, eoq; locupletiorem futurum, ſi æſtimationis legitimo tempore creſcentis augmentum in ſolutione deducere, ſibiq; retinere poſſet. Iudicialis autẽ petitio debiti, vel imploratio officij juditis pro executione finita, nondum dilatione obtinenda, etſi tunc temporis vt intempeſtiua nõ ſit admittenda, nihiltamen obſtat, quo minus extra judicium interpelletur, vt ſoluat intra terminum, ne ſit opus executione: Et regula *l. nulla, ff. de regul. jur.* de mora loquitur inducenda per petitionem, nõ de commiſſa, ad quam continuandam nulla opus petitione, cum ſemel commiſſa ſemper duret, *l. Titia,*

l. Titia, §. vsuras, ff. de lega. 1. Adde, quod sententiam petitio præcessit, quæ semel facta vires suas tam post, quam ante sententiam exerit, siquidem tam diu durat, donec facto quopiam contrario petitor ob ea recedat, *l. trajectitia, ff. de oblig. & act. Bald. in l. mora, nu. 8. ff. de vsur.* Nec præsumi potest vlla remissio moræ, cum dilationem lex indulgeat, quam victori tantum afferre præjudicium, eique jus suum auferre voluisse, non est verisimile. Dilatio vero tum demum, cum a creditore frustratori conceditur, in dubio plerumq; præsumtionem remissæ moræ inducit, vt patet ex interpretibus allegatis, non de legali, sed conventionali dilatione nominatim loquentibus. Ac licet prior obligatio judicati actione nouari censeatur, ea tamen est illius necessariæ, vt vocant nouationis natura, vt non nisi quatenus actori vincenti expedit, fieri intelligatur, cum per eam actoris litem persequentis, adeoque vincentis conditionem fieri meliorem oporteat, non deteriorem, *l. aliam, vbi DD. ff. de nouat. l. non solet, cum l. seq. ff. de regul. jur. Anton. Fab. lib. 7. conject. c. 3. ac præ cæteris eleganter ostendit Donell. ad t. C. de nouat. num. 10. & 11.* Quare cum in proposito deterior futura sit actoris conditio, prioris obligationis nouatio quo ad moram ea purgandam facta intelligi minime poterit, *d. l. aliam, & d. l. non solet.* Nec ab vsuris ad æstimationem quanti plurimi casu nostro valet argumentatio: tum, quia non desunt, qui Iustiniani constitutionem non de vsuris ex mora, quippe neutiquam per sententiam purgata, venientibus, sed de ijs modo, quæ ex conventione debeantur, eaque de caussa prioris contractus ab Imperatore nuncupentur, intelligant, *Ant. Fab. lib. 7. conject. c. 2.* tum, quod etiamsi cum cæteris interpretibus ea constitutio peræque de vsuris ex mora debitis quam conventionalibus intelligatur, non tamen de vsuris illic peculiariter dispositum ab Imperatore, ad æstimationem quanti plurimi ærit extendendum, cum non modo leges posteriores, quibus anteriores ex parte corriguntur, stricte in dubio veniant intelligendæ, vt anterioribus minus derogent, *c. cum expediat, de elect. in 6.* vsque adeo, vt ne quidem ad ea sint extendendæ, in quibus eadem subest ratio, *Bart. in l. omnes populi, num. 60. ff. de just. & jur.* & æstimatio quanti plurimi sit vsuris, adeoq; cæteris etiam accessionibus fauorabilior, vt illius tum quoque ratio post moram habeatur, cum cæteræ accessiones nondum debentur, *l. in hac, ff. de condict. trit. l. hominem, ff. mand. juncta l. videamus, §. si actionem, ff. de vsur.* verum etiam Iustinianus eo loci nouationem non vt caussam, propter quam inhibuerit cursum vsurarum post sententiam, assignarit, sed vt ostenderet, illam inhibitionem haud absurdam videri debere, *Faber d. c. 2.* vsuras autem prioris contractus non alia de caussa tempore judicatis indulto currere noluerit, quam quod exacto eo protinus ex actione judicati vsuræ grauissimæ, nempe centesimæ currant, vt condemnatum hac in parte rantopere grauatum, non immerito ab vsuris prioribus pendente judicati actionis tempore duxerit esse releuandum, *argum. l. eum qui, in princ. ff. de jureiur.* Quæ caussa cum deficiat in æstimatione quanti plurimi, constitutio Iustinianea non erit ad eam producenda, *c. cum cessante, de appell.* Sententia vero terminus quidem est, quovsq; æstimationis quanti plurimi ratio solet haberi, sed respectu saltem judicis, qui cum non possit adjudicare, quod nondum debetur, *l. non quemadmod. ff. de judic.* quia nec pertinet ad officium eius futuri post condemnationem temporis tractus, *l. 1. ff. de vsur.* non nisi quanti à tempore moræ vsq; ad sententiam plurimi fuit, æstimationis in condemnatione rationem habere potest, vt hac de caussa rectissime respoderit Seruius, eumq; secutus Vlpianus, quo ad æstimationem rei nondum peremtæ spectandum esse à judi-

ce sententiam laturo præsens condemnationis tempus, nisi anteriore quopiam durantis moræ tempore pluris res valuerit. Quod vero æstimationis augmentum tempore sententiæ ferendæ nequit in condemnationem deduci, quia nondum existit, eoq; nec tum deberi potest, hoc postea sub tempus executionis adjudicandum venit, *tex. not. in l. qui restituere, vbi gl. & Dd. ff. de rei vend. & in d. l. in fideic. ff. de vsur. Bald. in d. l. vinum, n. 23. ff. si cert. pet.* ad instantiam creditoris implorantis officium judicis exequentis, *d. l. qui restituere, vbi gl. Bart. Castr. nu. 1. & 2. & reliqui, Bald. loc. rel. sensitq; Bart. in l. 3. §. in hac, nu. 9. ff. commod. & patet ex not. per Dd. in l. judex, 55. ff. de re judicat.*

11 Porro † de tempore quod est à fine dilationis legitimæ condemnatis indultæ vsq; ad executionem, non est dubium, quin eo debitor in mora sit, & consequenter ad æstimationem quanti plurimi perinde vt quovis alio moræ durantis tempore teneatur, *Bart. in d. l. 3. §. in hac, nu. 9. & 12. ff. commod. Bald. in d. l. vinum, nu. 22. & 23. vbi Castr. nu. 10. Paulus nu. 22. & 24. dicens* communem & veram, *Ias. 22. Bologn. nu. 66. & 67. dicens hoc Dd.* communiter *sequi, ff. si cer. pet. Paris. cons. 57. nu. 20. & 21. vol. 3.* & omnes *hoc velle, asserit Ant. Faber de error. prag. deca. 16. err. 10. satisq; patet ex d. l. in fideic. ff. de vsur. & l. 1. 2. & 3. C. de vsur. rei jud.* Nec potest excipere debitor, quod per creditorem judicis officium pro executione obtinenda implorare cessantem, non autem per ipsum steterit, quo minus executio fieret, cum ipse sua sponte sententiæ parere, idq; præstare debuerit, ad quod condemnatus fuit, prout etiam ea de caussa dilationē á lege habuit, nihilo minus tamen satisfacere neglexerit, & moram adhibuerit, propter quam non immerito res ipsius periculo interit, ac deterior fit, etiamsi creditor executionem flagitare aliquandiu neglexerit, *l. si seruum, § si seruus legatus, ff. de lega. 1. l. vlt. ff. de condic. furt. l. merito,*
12 *ff. de vi & vi arm.* Verum † vt in pluribus alijs doctrinam æstimationis ineundæ concernentibus, ita dissentit hac etiam in parte à reliquis interpretibus *Ant. Fab. lib. 16. conjec. c. 5. & de err. pragma. deca. 16. err. 10.* contendendo post condemnationem non tantum pendente dilatione legitima nullam crescentis æstimationis haberi rationem, sed ne quidem tempore dilationem sequente, tametsi ex eo tempore noua mora contracta sit ob id, quod non est satisfactum judicato: Mouetur primum ex eo, quod per sententiam cōdemnatoriam fit nouatio, *l. vlt. C. de vsur. rei judic. l. si fundum, §. creditor, & §. si pluris, ff. de pignor.* vt nihil quærendum supersit, nisi quid judicatum sit, & illud ipsum præstari debeat, quod ex judicato debetur, non plus, nec minus, tametsi plus aut minus antea debebatur. Atqui si æstimatione post condemnationem crescente plus præstare cogeretur condemnatus, quam quanti sententiæ tempore res fuisset, plus vtique præstaret, quam quantum deductum esset in condemnationem. Secundò, quia si post cōdemnationem crescere posset æstimatio, nullus vnquam litium & æstimationis ineundæ finis esset: noua enim condemnatione opus foret, & consequēter vel potius antecedenter noua litis cōtestatione, atq; ita res abiret in infinitum: nec tam præcedentis condemnationis executio, quam noua condemnatio fieri videretur. Tertiò per *l. in hac, ff. de condic. trit.* quam cæteris cum legibus non posse conciliari arbitratur, nisi de tempore condemnationis irrogatæ quoad æstimationem postmodum attendendo intelligatur. Sed inhærere communi sententiæ tutius est, cum non modo præcedentibus exercitationibus luculenter ostensum fuerit, mora semel interueniente rationem crescentis æstimationis esse habendam, *per d. l. in hac, ff. de condic. trit. l. hominem, ff. mand. l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de act. emt. l. si filiofam. §. si post, ff. solut. matr. l. si seruus, §. si ser. legatus, ff. de lega. 1. & simil.* tamq; absurdum, quam iniquum videatur,

conde-

eondem natum satisfacere judicato etiamnum cessantem, a periculo decrescentis æstimationis, cui ante condemnationem fuerat obnoxius, immunem esse. *l. cum aucter, ff. de excep. rei jud. l. in fideicommissis, ff. de usur.* quem tanto magis rei detrimentum omnimodo præstare par est, quanto longior & gravior esse dignoscitur ipsius tergiversatio seu frustratio. Nec vero tantum æquitati, sed & juris rationi consentaneum, ne fiat jus actoris deterius, ex mora condemnati. *l. et si post tres, ff. si quis caut.* Fieret autem deterius, si victor ea æstimatione contentus esse cogeretur, quæ judicati tempore fuit, aucto rei adjudicatæ pretio ex post facto, cum si moram non fecisset condemnatus, res citra moram præstita, tanti pretij commodum potuisset afferre victori, quantum eius æstimatio post condemnationem creuit. Quid quod condemnationis tempore noua judicati nascitur obligatio. *l. licet, §. tacm scribit, ff. de pe. nl.* & ad tempus nascentis obligationis æstimationem referri minime debere, paret ex traditis in exerc. 10. & probat Ant. Fab. lib. 16. conjectur. c. 8. & de error. pragma. dec. 16. err. 5. vt vel hac de caussa vix possit esse locus assertioni eiusdem contendentis, non esse rationem habendam æstimationis post rei adjudicationem crescentis, verum ad tempus condemnationis præcedentis eam in actione judicati referri oportere. Quod si ad fructus & accessiones cæteras, condemnatus omnino tenetur, *l. in fidei. commissis, ff. de usur. l. qui restituere, ff. de rei vendic.* quanto æquius est, eum ad superueniens æstimationis augmentum teneri, quod est pars æstimationis rem ipsam repræsentantis, & vtilitas circa rem. *l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de actio. emt.* nec multoties aut quotannis, vt illæ, sed semel duntaxat præstandū venit, cuius etiam facilius & citius, protinus scilicet à tempore moræ licet extra judicium cōtractæ ratio habetur, quam illarum. Non quidem admittit eruditissimus Faber, æstimationem quanti plurimi esse accessionem rei siue caussam, quod esse res ipsa intelligatur. Verū juris illa fictio nil impedit, quo minus augmentum, quo illa rem hodie minus valentem superat, accessionibus annumeretur, aut sub caussa rei contineatur: Quid enim est caussa rei, nisi hoc omne, quod habiturus foret actor, si tempore judicij accipiendi res ei præstita fuisset, *l. præterea, ff. de rei vend. l. cum fundus, ff. si cer. pet. l. 2. ff. de usur.* Huic emolumentum crescentis æstimationis subesse, quis dubitet, cum rem acceptam creditor distrahere plurimi potuerit. Rationem certe, cur peremta post condemnationem re pluris valente, ad tempus interitus æstimatio referatur, Faber hanc ipsā adducit, quod victor, si judicato satisfactum fuisset, ex rei venditione, pretium quod malus superuenisset, redigere potuisset. Eadem quoniam peræque subest, re quidem adhuc extante, sed viliore facta, quæso, cur non æque condemnatus morator ad æstimationem quanti plurimi teneretur. Cumq; creditor vltra rem obligatione comprehensam vel præsentem eius æstimationem, consequatur augmentum æstimationis præteritum, id accessio sit oportet, vel eo magis, cum repræsentatio rei debitæ, quæ fit per æstimationem, quave propemodum eadem esse cum re debita intelligitur, nihil minus efficere valeat, quam vt æstimatio sit in obligatione, & accessionibus annumerandum videatur, quod in obligatione non est, verum ex sententia judicis demum accedere potest, *l. centum Capua, l. vlt. ff. de eo quod cert. loc.* Quis vero dubitet, vtilitatem, quæ circa rem consistat, esse accessionem siue sub caussa rei contineri, quippe rei non tam inhærentem aut vnitam, quàm extrinsecus et accedentem siue superuenientem: At emolumentum crescentis æstimationis esse vtilitatem, quæ circa rem consistat, Paulus asseuerat *in d. §. cum per venditorem.* Non obstat, quod per sententiam nouatio fit, siquidem ea non nisi quatenus

nus actori vincenti expedit, intelligitur fieri, certe conditionē ipsius non reddit deteriorem, *l. aliam, ff. de nouat.* quod tamen eueniret, si moram illam nouatio tolleret, reumq; periculo decrescentis æstimationis liberaret. Quin etsi mora præcedens nouationę per sententiam facta tolleretur, & condemnatus à periculo decrescentis æstimationis immunis esset, attamen eo intra tempus iudicati actionis non satisfaciente, mora procul dubio contraheretur lapsu legitimi temporis, *l. in fideicomm. ff. de vsur.* & consequenter etiam æstimationis quanti plurimi ratio aduersus eum habenda, si quidē non minoris præiudicij conuenit esse moram super actione iudicati lapsu diei legalis contractam, quam super actione priore lapsu diei conuentionalis commissam, *l. euidenter, ff. de exc. rei iud.* Nec metuendum, ne sit vllus litium aut ęstimationis ineundę finis, cum æstimationis ineundæ finem executio secum trahat, & ad obtinendū superueniens æstimationis augmentum non sit opus peculiari processu, nouaq; litis contestatione, tum, per *l. qui restituere, ff. de rei vend. l. 2. ß. de in lit. iur. l. in fideicomm. ff. de vsur.* Tum, quia re principali semel adiudicata, & sic lite determinata, quicquid facta nondum executione adiudicandū venit, non nisi caussæ rei siue accessionibus post condemnationem emergentib. accenseri subesse potest, quarum à iudice demum exequente sub tempus executionis caussa summatim cognita rationem haberi constat. Tū, quia debetur & adiudicatur officio iudicis, vt vulgo nuncupari solet, mercenario, & in his quæ præstanda veniunt eo iudicis officio, nihil minus quam iudiciarius ordo siue peculiaris processus exigitur. Tum, quia si ęstimatio ad tēpus, quo res adiudicata plurimi fuit, reduci non posset à iudice, nisi litis contestatio fiat, nouusq; process9 instituatur, certe nec ad tempus condemnationis ea sine litis contestatione processuq; nouo reduci posset, quandoquidem nō minus vnius, quā alterius temporis æstimatio diuersa est à re, quæ sola fuit adiudicata, ràq; ab vna, quam ab altera repræsentari potest, prout etiam vtraq; caussæ cognitionem peręq; requirit, nec magis iudicem condemnando ad rē, respexisse ad æstimationem præsentis temporis, eamq; pro re, si quando solvi non poterit, præstari voluisse, præsumi potest, quam contrahentes ex eo tempore, quo contraxerunt, ęstimari rem in obligationem deductam voluisse. Deniq; si propter nouationem & caussa vitandi progressus in infinitū ratio crescentis post condemnationē æstimationis non esset habenda, certe nec vsuræ, fructus & aliæ accessiones post rei adiudicationem præstandæ forent, quippe quibus eædem caussæ subessent, quæ jus idē requirerent. Ac si maxime in re, quę duntaxat fuit adjudicata, non in accessionib. procederent, neutiquam tamen inde sequeretur, nec plus, nec minus, quam quanti res tempore condemnationis est, pręstandū esse, cum æstimatio, vt vt loco rei succedat, eamq; repræsentet, ab ea quam maxime differat, tamq; non fuerit adiudicata siue in condemnationem deducta, quam accessiones cęteræ post sententiā emergentes, quib. emolumentum crescentis deinceps ęstimationis accensendum esse, paulo ante monstratum, adeoq; sicut res iā quoq;, cum plurimi valet, vere perhibetur & est adiudicata, nec plus nec min9, quā fuerit adiudicatum, deberi dignoscitur, quantumuis res, quando plurimi valet, qualis tunc est, talis ex caussa iudicati debeatur: Ita si juris fictionem, qua æstimatio propemodū esse res ipsa intelligitur, nimis vrgere libeat, consequens fuerit, nec pl9, nec minus, quam fuerit adiudicatum, deberi præstarive, quantumuis loco rei adiudicatæ quæ postea quandoq; plurimi valuit, æstimatio quanti plurimi præstanda sit, quæ ut ab ea, quæ tempore condemnationis erat, diuersa sit, tamen cum neutra fuerit in condemnationem deducta, nec in adiudicata re judex ad præsentem eius æstimatio-

mationem respectum habuerit, nec diuersitas æstimationis, quando nec in obligationem, nec in condemnationem deducta est, aliam atq; aliam rem efficiat, non immerito in pari caussa præfertur ea, quæ rem plene repræsentat, nempe talem, qualis de-
13 bebatur, cum plurimi valebat. Porro si *l. in hac, ff. de condic. trit.* etsi secundum traditam à doctissimo viro æstimationis ineundæ rationem, conciliari cū cœteris legibus nequeat, nisi ad tempus condemnationem subsequens restringatur, attamen cum ex his, quæ tam initio huius & proxime præcedentis exercitationis, quam in exerc. 12. & 13. pro defensione sententiæ communiter approbatę adducta fuerunt, constet, Vlpiani responsum textibus aliis æstimationem ad tempora diversa referentibus minime refragari, nihil minus ex ea lege inferri potest, quam temporis condemnationem sequentis in æstimatione rei adiudicatæ ineunda non esse rationem habendam. Nec vero desunt rationes, quibus euincatur, id responsum de tempore condemnationis irrogandę intelligendum esse. Quæstio namq; ab Vlpiano sub initium proposita de re petita, cuius temporis æstimationem recipiat in condictione triticaria, luculenter denotat, illic agi de tempore condemnationem antecedente, quandoquidem per sententiam condemnatoriam prior actio siue obligatio nouatur, vt actio saltem judicati nouiter inducta supersit, *l. ult. C. de usur. rei jud. l. si fundus, §. si pluris, ff. de pignor.* Nec dici potest, sic intelligendum Vlpianum, vt quærat de ineunda post condemnationem æstimatione rei, quæ petita fuit per condictionem triticariam: hanc enim interpretationem verba respuunt, quibus tam condictio triticaria, quam rei petitæ fit mentio principaliter ac per sese, prout etiam hæc ab illa voculis quibusdam interiectis aperte secernitur, adeoque nominatim etiam ad ipsam condictionem triticariam quæstio dirigitur, eaque siue judicium eius quæstioni veluti subiectum supponitur, & contextus ipse monstrat, prima legis verba *in hac actione* neutiquam ad verbum *petita* quadrare, sed ad verba *quæratur* & *recipiat* saltem accommodari iti-ue referri posse. Multo minus dici potest, condictionem triticariam in eo differre à cæteris actionibus, quod etiam post rem judicatam durat, cum & ex judicato, & ad æstimationem rei jam adiudicatæ competere possit. Nam si maxime concedatur, ex re judicata condictionem triticariam competere posse ad æstimationem rei adiudicatæ, non tamen id vllatenus impedire poterit, quo minus condictio triticaria ex priore obligatione competens, cum agitur ex ea, æque per sententiam, vt alia quæuis actio nouetur ac tollatur; quin potius eo ipso, quia competit ex judicato condictio triticaria, liquido patet, priorem ex qua fuit actum, non amplius durare, sed nouatione peremtam esse, cum quæ post condemnationem cum actione judicati concurrit, ex judicato demū, non ex priore obligatione sit nata, proinde cum illa, quæ durauit ante sententiam, eadem esse nequeat. Et quorsum ex judicato condictio triticaria pariter & actio judicati nascerentur, si condictio triticaria prius in judicium deducta etiamnum duraret. Ad eam vero, quæ judicato competat, condictionem triticariam non commodari, nedum restringi posse Vlpiani legem sine quęstionem, non tantum ex eo perspicuum, quia sine diuinatione nimis insolenti & vitiosa vix potest intelligi saltem de caussa judicati, quod simpliciter & in genere quæritur atque proponitur de condictione triticaria, quam omnibus ex caussis, & ad omnes res competere idem ICtus in legibus præcedentib. docuerat, verum hinc etiam, quia rem asserit esse petitam, quæ frustra fuisset petita, postquam adiudicatione pridem facta præstari aliqua de caussa posse desiit,

nec tam peruenire potest ad aliam condemnationem siue definitiuam sententiam, quam ad judicati executionem faciendam: vt proinde necesse sit, intelligi quæstionem de petitione ante sententiam, & consequenter de tempore condemnationem antecedente, nec non de condictione, quæ ex obligatione priore cōpetierit. Probat idem, quod Vlpianus in modum exceptionis de tempore mortis attendendo subjicit: Hoc si cum Fabro sit intelligendum de interitu post condemnationem, sequetur, condemnatū liberari præstita rei peremtæ æstimatione longe minore, quam tempore condemnationis fuerit, quando res, cum post condemnationem interijt, longe minoris valet, cum tamen consequi non minus victor debeat, quam quantum in effectu fuit ei adiudicatum, & sit quod imputetur cōdemnato, cur non mature satisfecerit judicato, priusquam æstimatio rei adjudicatæ decresceret: Sequetur item, postquam res adiudicata cœpit quapiam de caussa non posse præstari, ad tempus mortis subsequentis æstimationē esse referendam. Et frustra veretur interpres juris accuratissimus, ne possit vllo casu fieri, vt mortis condemnationem præcedentis tempus inspiciatur. Siue enim ante moram, citraq; dolum culpamue debitoris interierit res, debitor quidem regulariter interitu liberatur, casus tamen haud pauci suppetunt, quibus ad rei precium ex tempore interitus æstimādum tenetur, vt in *l. cum res, §. sed si Stichus, vers. qua ratione, ff. de lega. 1. l. si heres, ff. de lega. 2. fac. l. Meuius, §. in fundo, ff. de lega. 2.* Siue post moram, tenetur sine dubio morator ad rei peremtæ æstimationem, quæ cum nec incrementum, nec decrementum post interitum rei recipiat, vt ostensum exerc. præced. ampl. 6. refertur ad tempus interitus, secundum dispositionē *d. l. in hac.* Nec officit, quod Martianus ait *in l. in actionib. §. plane, ff. de in lit. juran.* re debita post moram peremta juramento in litem esse locum: id enim quatenus procedat, siue quomodo sit intelligendum, ratio à Martiano subiecta monstrat, quæ cum non habeat locum, quoties aliter judici de æstimatione rei peremtæ constare potest, id quod frequenter vsuuenit, consequitur, eo casu nec juramento in litem posse locum esse, *arg. l. adigere, §. quamuis, ff. de jure patro.* Constat insuper, nunquam nisi ex juris necessitate in litem jurari. *l. vlt. ff. de in lit. jur.* & necessitas deferendi nulla est, quoties, vt non raro contingit, judici per testes de æstimatione rei non amplius extantis fit fides: quare tunc in litem jurandum non erit. Quin etsi concederetur, re post moram peremta non interdum solummodo, vt verbis præcedentibus innuit Martianus, verum semper in litem juramento locum esse, non tamen hinc inferre licebit, æstimationem post interitum rei crescere, deberiue, quanti res foret, si tunc temporis, cum juratur, adhuc extiteret. Quod enim aliud Martianus ait, quam re post moram peremta in litem jurari: temporis ad quod referri debeat æstimatio, nullius meminit. Restat igitur, vt quoniam nihil hac in parte contra receptas juris regulas Martiani responsum inducit, ad id tempus æstimatio juramento in litem asserenda referri debeat, quod alioqui de jure communi aduersus moratorem re nondum peremta foret attendendum. Rationem si spectes, nec ipsa quidem prohibet, quo minus juramento asseratur æstimatio, quanti à tempore moræ contractæ vsq; ad interitum plurimi fuit: Licet enim sine delatione juramenti non possit æstimari res, quæ non extat, non tamē hinc effeceris, nec posse nec debere per juramentum in litem æstimari rē, quanti plurimi, priusquam interiret, fuerit. Cumq; tam judicij stricti naturæ, quam regulæ juris cōmunis haud quicquam derogatum intelligatur, nisi quatenus propter incidentem in æstimanda re quandam impossibilitatem singulare jus induci necesse fuit, *d. l. in actionib. in fi. & l. vlt. ff. de in lit. jur.*

lit. jur. & vt judici de æstimatione rei post moram non extantis fides fieri queat, juramentum in litem recipi necesse fuerit, nulla vero necessitas exigat in re post moram peremta, illud præterea induci, vt jurantis affectioni indulgeatur, & in jurãdo potius ad præsens tempus æstimatio referatur, quam ad id tempus, ad quod alias de jure communi, cum mora facta est, referri debet, certe duntaxat in illo, nullatenus autem in hoc juri communi quicquam derogatum intelligi debet aut potest. Nec vero alio fine defertur tali casu juramentum, quam vt per illud probetur siue asseratur æstimatio, de qua judici nõ potest alioqui constare, cum tamen rei peremtæ loco sit adiudicanda: at inspecta rei veritate nulla est rei non extantis æstimatio, proinde nec juramẽto asseri siue probari potest, *l. verũ, circa fin. ff. pro soc. l. 4. ff. de act. emt.* & cõsequenter in proposito non nisi quãti res, cum adhuc existeret, fuerit, jurare licet. Nec dici potest, istha ratione profuturam frustratori moram: non magis enim prodest ei, quam cum post moram decrescit æstimatio rei extantis, vel non augetur: ac nisi res interijsset, deterior & vilior tam facile postea fieri potuisset, quam pretiosior. Quod vero Faber adijcit, nisi præsens æstimatio debeatur, falsam fore Martiani rationem, cum nihil pene facilius, quam res non extantes æstimare inspecto eo tempore, quo fuerunt, adeoque quo extare desierunt, si modo paulo latius & ἐν πλάτει accipiatur, facile diluitur. Etsi namq; tum, quãdo legitimis probationibus judici de æstimatione, quæ tempore interitus fuerit, fides fit, æstimare sine dilatione juramenti posit judex rem non extantem, nihil tamen frequentius esse, quotidiana docet experientia, quam vt probari nequeat rei non extantis æstimatio: quo casu cum fuerit iniquissimum, creditorem, cui nihil imputari potest, nihil aut minus consequi, quam quanti res fuerit, frustratorem autem ex mora commodum sentire, necessitas ipsa jam olim exegit, vt juramentum in litem etiam in stricto judicio admitteretur æstimandæ rei gratia, & quidem secundum veritatem, non ex affectione, siue vltra verum pretium, quippe quod jure non admittitur, nisi cum dolus aut contumacia punitur, *l. 1. & 2. ff. de in lit. jur.* Quod si necessarium non esset juramentum, si rei post moram non extantis æstimatio ad tempus interitus aut anterius referenda foret, vt Faber contendit, certe longe minus necessarium foret, si præsens æstimatio rei non extantis deberetur, quoniam cum cõstat, qualis quantaue, quando adhuc existebat, res fuerit, nullo pene depræhendi siue dijudicari negotio potest ex rebus eiusdem generis, præsertim si sint eiusdem quoque bonitatis, quanti res, si etiamnum existeret, hodie valitura esset. Quis enim dubitet, rem debitam, nisi prius interiisset, æque fuisse hodie viliorem aut pretiosiorem futuram, cum rerum eiusdem generis communiter adaucta vel diminuta fuerit æstimatio? Quid autem, quæso, iniquius fuerit, quam frustratorem eo casu, quo minus alioqui coercetur eius mora, dum ipsius periculo interiit res, cuius loco pretium soluere cogitur, insuper in eo grauissime punire, vt aduersus eum actori liceat rem non extantem vltra verum pretium secundum affectionem suam jurando in litem æstimare, cum tamen nihil minus necesse sit, quã affectioni actoris tantum hac in parte indulgeri, & altero casu æque vel magis peccet frustrator etiamnum cessãdo soluere, nec tamen coerceatur, nisi quatenus aduersus eum rationem haberi oportet, quanto deterior seu vilior post moram res facta est. Adde quod si præsens rei non extantis æstimatio deberetur, frustratoris cõditio post peremtam rem fieret melior, creditoris deterior, quoties ex post facto deprehenditur, futurum fuisse, vt si res adhuc extaret, lõge vilior esset, vt omittam, præsuppositũ nõ esse verum,

quod

quod æstimationis post interitū crescentis habenda sit ratio: quo negato, sua sponte concidit interpretatio Fabri, quam comminiscitur ad *d. l. in actionib. §. plane, ff. de in lit. jur.* Deniq; cum actio judicati sit stricti juris, & condemnatus in mora sit, negari non potest re adiudicata post moram non extante, decisioni *d. § plane*, omnimodo locum esse, scilicet vt mortis aut anterioris moræ tempus attendatur etiam quoad æstimationem juramento asserendam. Nam quod Faber, vt suam tueatur interpretationem, contendit, rem peremtā post condemnationem non haberi pro extante, admitti vix potest. Nihil enim actione judicati deberi potest, nisi sit adiudicatum, & res ipsa modo, quæ deinceps interiit, adiudicata fuit, non pecunia siue pretium loco ipsius præstandum: quo fit, vt adiudicata re post moram intereunte, obligationem & actionē judicati ex condemnatione natam, quæ sola superest, pariter extingui sive protinus euanescere oporteret, si peremta res non fingeretur amplius extare, quandoquidem sublata re penitus, vt nec ipsa vere duret, nec extare fingatur, tolli obligationem & actionem pro ea competentem necesse est, *l. verborum, ff. de solut. l. si Stichus, l. si certos, ff. de verbor. obl. cum sim.* Quid autem absurdius, quam actione & obligatione judicata sublata debitorem non esse liberatum, reiq; judicatæ aduersus eum executionem fieri posse? Vt vt igitur petitio solennis, & condemnatio minime desideretur post rem judicatam, nec eum ob finē siue caussam necesse sit rem haberi pro extante, conseruandæ tamen & sustinendę obligationis & actionis judicati aliàs perituræ gratia, quę caussa fictionis huius esse principalis & potissima videtur, etiamnum res extare fingatur oportet. At condemnatio ex se ipsa est perpetua. Vix aliter aut magis esse perpetua potest, quam contractus, cum quo parem quoad obligationem & actionem producendam vim obtinet, nec vspiam reperias ei attributam jure nostro vim perpetuandi obligationem, quæ moræ, culpę doloq; passim attribuitur. Verum vt ad *d. l. in hac,* reuertamur, eam intelligendam esse de tempore condemnationem antecedente, probatur etiam ex eo, quod Vlpianus ex Marcello refert, in vtroq; casu, nempe, siue res extet, siue non, si post moram res deterior facta sit, habendam æstimationem, quanto deterior res facta sit: hoc enim cum admittat *Anton. Fab. de err. prag. deca. 16. err. 10. sub fin.* intelligendum esse de mora ante cōdemnationem contracta, euidenter hinc depræhendere licet, Vlpiani responsum de tempore condemnationem antecedente, deq; condemnatione non tam irrogata, quam irroganda, esse accipiendum: Inepte namq; Vlpianus eiusmodi casum adducta Marcelli autoritate, ab eo, quod de tempore condemnationis & interitus responderat, excepisset, si tempore dūtaxat condemnationem sequente tractasset: nec postquam res mora facta deterior esse cœpit ante condemnationem; ferri sententia potest, quin jure sic exigente habeatur æstimatio, quanto post moram res deterior facta sit: vt proinde cum reductio ad tempus moræ, quam requirit ICtus, in ipsa condemnatione fieri debeat, necesse sit intelligi d. l. de condemnatione nondū facta. Quæ forte caussa fuit, vt Fab. alibi, nempe *lib. 16. coni. c. 15. sub fin.* interpretetur d. l. de mora demū post sententiā contracta, & rationē exceptionis hanc adducat, quod condemnatus ad rem dandam, debeat intelligi condemnatꝰ, vt eam det non factam deteriorem, quia nec reddi videtur, quæ deterior redditur, *l. 3. §. 1. ff. commod.* Nec tamen isthoc modo difficultatem effugit. Cum enim Vlpianus ad tempus moræ dicat esse reducendam æstimationem, sequetur plus aut minus, quam quanti sententiæ tempore res fuit, à condemnato præstandum, si tempore moræ post condemnationem contractæ maior aut minor fuerit æstimatio

rei

rei, quam sententiæ tempore: cum tamen secundum Dn. Fab. assertionem, non plus nec minus, quam quanti res condemnationis tempore fuerit, præstari debeat. Cumq; sœpius ad eum casum res deueniat, vt etiam si deterior facta non esset, præstari tamen vix posset, tum quoq; non minus, quam cum rei adiudicatę, quę post morā deterior est facta, pręstandę facultatem condemnatus habet, ad tempus morę post sententiam contractæ, quo res pluris aut minoris valet, ęstimatio reducenda erit, nō ad sententiæ tempꝰ, *d. l. in hac*, cuius oppositum Fab. statuit. Quod vero simpliciter ad rē factę cōdemnationis tanta non sit vis, ut quis intelligi debeat condemnatꝰ, vt rem reddat nō factam deteriorem, vel ex eo depręhenditur, quod mora sententiam non præcedente, victoris nō autem condemnati periculo res deterior fiat intra legitimum judicati tempus, quippe quo nondum sit mora judicato, *l. sin fructuum. §. si. ff. de vsu*. Quod si ad rē simpliciter condemnatus deberet intelligi condemnatus, vt reddat nō factam deteriorem, pari ratione dicendum foret, ad rem simpli. obligatum, debere intelligi obligatum, vt rē pręstet non factam deteriorem: cum tamē sit certi juris, rem ante moram nec interire nec deteriorem fieri ipsius periculo, *l. si seru. §. si seru. lega. ff. de leg. 1.* Et ut admittatur, censeri condemnatum, ne rem factam deteriorē reddat, nullatenus tamen hinc id inferre licebit, quod. VI. asserit, æstimationē rei, quę post moram facta est deterior, esse reducendam ad temp. morę, non sentētiæ, si temporis vtriusq; diuersa sit æstimatio, potius contrariū inde sequetur, nempe, habendam ęstimationem, quando post sententiam res deterior facta est, ulue ad sententiæ, non autem moræ tempus æstim. esse reducendā. Et hæc de tempore, quod est post dilationem legitimam usq; ad executionē, sufficiant.

14 Tandem † succedit executionis temp. quo res ipsa principaliter adiudicata, qualis tunc est, *l. si a substituto, in fi. ff. de leg. 1.* officio judicis exequentis quasi manu militari aufertur condemnato, victoriq; præstatur, *l. qui restituere, vbi gl. & Dd. ff. de rei ven.* & augmenti æstimationis omnisq; caussæ adiudicatæ nomine de bonis debitoris in vim judicati pignora capiuntur pro quantitate adiudicati debiti accessorij, *l. debitorib. ff. de re jud. c. quoniam freq. §. ult. ut lite non contes.* prout etiam si rem principaliter adiudicatā condemnatus nō habeat, pro ea peræque, vt pro accessionib. in condemnationē deductis in executione pignora capiuntur secundum ordinem præscriptum *in l. à diuo Pio, §. in vendit. vbi late Dd. ff. de re jud.* quæ si mobilia, vel sese mouentia sint, quorum quæ sit in foro communis æstimatio per sese manifestum esse solet, in continēti dantur in solutum & assignantur creditori, vsq; ad legitimā debiti principalis & accessorij quantitatem. *Bal. in l. 1. nu. 5. C. si propter pub. pensit. ac post alios Col. de proc. exe. p. 3. c. 9 n. 44 & 45.* Si vero sint immobilia, partesq; de valore minime conueniant, subhastantur, tandemq; debitore illa per solutionem debiti non luente plus offerenti venduntur, precio ex ijs redacto vsq; ad cōcurrentem debiti quantitatem creditori assignato, ac residuo debitori, cuius bona distracta sunt, reddito, *d. l. in à diuo Pio, §. in ven. l. debitorib. ff. de re jud. auth. hoc jus porrectum, C. de sacros. Eccl. l. ult. C. de exec. rei jud. & ubiq. Dd. Late Col. de proc. exe. p. 3. c. 9. à n. 47. usq. ad fi.* Pendente vero dilatione pro luitione pignorum in executione captorū atq; distrahendorū indulta, non videtur ambigendum, quin debitoris periculo pignora in vim judicati capta pereant vel deteriora fiat, non eam solum ob caussam, quod ante distractionem eorum dominus adhuc est, ad quem detrimentum in pignoribus eueniens pertinere jure communi constat, *l. qua fortuitis, l. si nullo, cum l. seq. C. de pignor. act.* verum etiam quia per ipsum stetit, quo minus solueret, ac frustratorem periculo interitus ac decrescentis æstimationis omnimodo subiacere, notissimi juris est, *l. quod te, ff. si cert. pet. l. si seruus, §. si seruus legatus, ff. de lega. 1. cum simil.*

EXER-

EXERCITATIO DECIMAOCTAVA.

De monetarum bonitate intrinseca ex tempore contractæ obligationis æstimanda.

SVMMARIA.

1. *Moneta tantæ bonitatis intrinsecæ præstanda, quanta fuit tempore contractæ obligationis.*
2. *Intellectus* c. olim caussam, de censib.
3. *Et* c. cum Canonicis, d.t.
4. *Contrariæ sententiæ fundamenta proferuntur ac diluuntur.*
5. *Differitur de intellectu* l. quæ extrinsecus, ff. de verb. obl.
6. *Cæteris Molinæi fundamentis respondetur.*
7. *Moneta secundum eam bonitatem intrinsecam præstanda, quæ fuit tempore nascentis obligationis vigore legis, consuetudinis aut statuti.*
8. *Etiamsi tempus nascentis obligationis cum tempore promulgatæ legis aut statuti vel inductæ consuetudinis coincidat.*
9. *Tempus conditæ legis aut inductæ consuetudinis in monetis attendendum, quando non agitur de obligatione solvenda, vel nominatim determinatur intrinseca monetæ bonitas.*
10. *In concessionibus & beneficiis à principe indultis monetæ bonitas exigitur ea, quæ tempore impetrationis fuerit.*
11. *In obligatione nascente ex sententia judicis aut arbitri attenditur quoad monetæ bonitatem intrinsecam tempus sententiæ.*
12. *In obligationibus ex vltima voluntate nascentibus tempus conditi testamenti siue vltimæ voluntatis quoad intrinsecam monetæ bonitatem attenditur.*
13. *In obligatione in diem vel conditionali tempus antecedentis conuentionis quoad monetæ valorem intrinsecum est attendendum.*
14. *Nummorum valor intrinsecus ad tempus contractæ obligationis referendus, siue mediante pecuniæ datione, siue citra eam sit obligatio producta.*
15. *Procedit item, si pecuniæ summa fuerit expressa peculiariter, eiq; demum subiunctum, in quo genere monetæ solui debeat.*
16. *Rationem haberi oportet bonitatis intrinsecæ, licet omnes monetæ species quoad eam pari proportione augeantur vel minuantur.*
17. *Mutatio bonitatis intrinsecæ nummorum post moram superueniens haud nocet moratori.*
18. *Formæ siue characteris mutatio non attenditur.*
19. *Mutatio monetæ voluntatem vltimam vel contractum antecedens non attenditur, etiamsi vetus in casu cum noua remanserit.*
20. *Pecunia in genere debita citra respectum bonitatis intrinsecæ solvi potest.*
21. *Angeli restrictio repudiatur.*
22. *Limitatio Pauli Castr. quomodo procedat.*
23. *Nomen in designanda pecuniæ quantitate vsurpatum, quando non eundem tempore contractus & solutionis valorem denotat, est in eo valore accipiendum, quem denotabat tempore contractus.*
24. *Ratio bonitatis intrinsecæ non habetur in monetis, constitutione principis, consuetudine vel statuto prohibente.*
25. *Secus ubi duntaxat cauetur, vt solutiones fiant de pecunia noua.*
26. *Non attenditur bonitas nummorum intrinseca, quando peculiariter actum fuit, ne illius ratio habeatur.*

27. Impugna-

27. *Impugnatur Antonij Fabri restrictio.*
28. *Quando cauetur, vt soluatur moneta currens tempore solutionis, nihilominus attenditur bonitas intrinseca, quæ tempore obligationis nascentis fuerit.*
29. *Superueniens nummorum reprobatio debitorem non liberat à nexu obligationis.*
30. *Rationes adducuntur asserentium sufficere solui monetam reprobatam.*
31. *Contrarium defenditur.*
32. *Ad moratorem periculum subsecutæ reprobationis pertinet.*
33. *Conciliantur interpretum sententiæ discrepantes.*
34. *Moneta debita cum non amplius reperitur, alia pro ea solui debet.*
35. *Quoties certa nummorum corpora, vt in deposito, sunt in obligatione, vel rei saltem vendicatione, periculum reprobationis ad creditorem siue dominum pertinet.*
36. *In moneta, quæ pro alia soluitur, non attenditur bonitas intrinseca, quam habuit tempore dispositionis siue conuentionis.*
37. *Bonitatis intrinsecæ non apparentis ratio non habetur.*



CVm in præcedentibus abunde declaratum fuerit, ad quæ tempora ut æstimatio rerum referenda, & a cœteris rebus hac in parte monetæ nonnihil discrepent, succedit peculiariter explicandum, cuius in æstimatione monetarũ temporis habenda sit ratio: vbi tamen ero breuior, cùm hac de quæstione præ cœteris ample disseruerit *Carol. Molin. in postrema parte tractatus de vsur.* & eruditius atq; luculentius *Anton. Fab. de varijs nummar. debit. solutionibus.* Nummorum igitur intrinsecam bonitatem, qua substantia metallorum siue materia tam in puritate, quam in magnitudine pondereque denotari solet,
1 quod attinet, ea † videtur attendenda, quæ tunc temporis erat, quando contrahebatur obligatio, eaque de caussa, qua bonitate quoad metalli puritatem & quantitatẽ, siue magnitudinem & pondus moneta fuerit, cũ in obligationem deduceretur, eadem quoq; bonitate prẹstanda erit, vel si difficulter aut omnino nõ haberi queat eiusdem bonitatis intrinsecæ moneta, sufficiens & cõgrua illius quoad intrinsecam bonitatem ẹstimatio soluenda erit in noua moneta, *Bartol. in l. Paulus, 99. n. 6. vbi reliqui Dd. ff. de solut. Bart. in l. cum quid, n. 17. vbi post alios Soc. concl. 3. Purpura, concl. 2. n. 173. Cagn. n. 91. Bologn. n. 69. & seqq. dicentes* communiter receptam, *ff. si cer. pet. Dd. in c. quanto, de iureiur. & in hanc sententiam plures, quorum multi de* communi *testantur, longa serie recensent Albert. Brun. de augm. monet. partic. 1. n. 3. dicens hoc indubitanter procedere, Francisc. Viuius lib. commun. opin. ver. moneta. Tiraq. de retrac. consan. §. 1. gl. 18. n. 27. & 28. Gabr. Rom. lib. 3. comm. conclus. tit. de solut. concl. 1. n. 1. & 16. quibus addere licet Bald. tit. de monet. n. 3. Couarr. in tr. veterum collat. numism. c. 7. §. vnic. n. 2. Guid. Pap. decis. 493. Corn. cons. 279. & cons. 287. n. 8. vol. 2. Natta cons. 302. n. 1. vol. 2. Crauet. cons. 887. n. 1. vol. 5. Hier. Gabr. cons. 164. n. 4. Minsing. cent. 4. obser. 1. Gaill. lib. 2. obseru. 73. n. 7. Ioan. Saporta de mora, c. 3. n. 77. Sebast. Medic. de donationib. p. 2. verb. moneta, Ant. Fab. d. tr. de varijs num. deb. solut. c. 4. Andr. Fachin. lib. 2. controuer. c. 10. Ioan. Borcholt. in c. vn. n. 62. quæ sint regal. & secundum hanc in curia Parisiensi non semel iudicatum fuisse, refert Carol. Molin. de vsur. q. 100. n. 731. eamq; probauit Electoralis constitutio Saxonica 28. p. 2.* Quæ confirmari potest, primum quidẽ per regulam *l. cum quid, ff. si cert. pet. & l. res in dotem. ff. solut. matr.* qua res in obligationem deducta debet in eadem bonitate intrinseca prẹstari, qua tunc temporis erat, quando contrahebatur obligatio. Puritas autem, pondus & magnitudo materiæ siue metalli, ex quo conficitur moneta, quin sit intrinseca monetæ bonitas, ambigi nequit, cum sit qualitas & quantitas per rerum naturam metallo inhærens, non extrinsecus ab hominibus ei superaddita vel imposita: Necesse igitur fuerit, vt in eadem puritate, magnitudine pondereq; materiæ mone-

ra, vel certe ipsius æstimatio sufficiens præstetur. Secundò: Quia res vnaquæque, ac per consequens etiam pecunia numerata in obligationem catenus deducta censetur, quatenus tunc fuit, quando contrahebatur obligatio, *l. Rutilia Polla, ff. de contr. emt. l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend. l. 3. §. diui, ff. de jure fisci*, siquidem in obligationibus id tempus spectatur, quo contrahitur, *l. non omne, §. in stipulationib. ff. de regu. jur. l. in lege, ff. de contrah. emt. l. sed qua loca, ff. de seruit. rust.* Vnde licet monetæ quoad intrinsecam bonitatē siue materiam quidpiam progressu temporis decesserit vel accesserit, non tamen id obesse, vti nec prodesse poterit vel debebit creditori, quo minus ei moneta prior vel ipsius æstimatio secundum intrinsecam bonitatem iusta sit exsoluenda nō plus nec minus, *per prædicta*. Tertiò per *l. 1. C. de vet. num. pot. li. 11.* vbi solidos vel nummos, quantumvis publice percussos, Imperatoris effigie signatos, non aliter suscipere vel tradere quis tenetur, quam si debiti ponderis & probæ speciei sint: Quod vero magis censeri potest debitum pōdus, quæve rectius proba species intelligi, quam idipsum pondus, eademq; materiæ puritas, quibus moneta tempore nascentis obligationis constabat, quasve disponens siue contrahentes deducendo istiusmodi monetam in obligationem omnimodo respexerunt. Quo fit, vt monetam non nisi ea materiæ bonitate & quantitate, qua tempore nascentis obligationis erat, recipere creditor, aut præstare debitor teneatur. Quartò: Quia moneta eundem obtinere debet valorem, quem habet ipsa materia, tantumq; valere in rudi massa, quantum formata, *l. 1. C. de ponderatorib. lib. 10. fac. l. 2. d. t. & tex. in c. quanto, de jureiur. & in extrauа. pro:ticns ibi, justo pondere, de crim. fals. Bodinus de repub. lib. 6. c. 6. per tot.* vsque adeo, vt inde ne quidem expensæ in cudendo consumtæ deduci, sed de publico fieri debeant, *vt post gl. in l. 1. ff. de contrah. emt. notant ibid. Dd. Bart. in l. qui falsam, n. 3. ff. ad leg. Cornel. de fals. Io. de Imola in l. Paulus, 99. n. 3. vbi aly, ff. de solut. Albert. Brun. de augm. mon. in pr. n. 1.* communem *dicit Francisc. Curtius Iun. in l. 2. §. mutui datio, n. 12. ff. si cert. pet. Martin. Laud. de monet. n. 6. Couarr. d. t. vet. coll. numism. c. 7. num. 5. Matth. Coler. de proc. eßib. execut. p. 1. c. 10. num. 10.* licet consuetudo contrarium obseruans valeat, *Innoc. & reliqui in d. c. quanto, Dd. lo. præcit.* Quinimo teste Couarr. constat inter omnes, esse omnino illicitum, absque justa caussa monetam cudere viliorem, quæ sit eiusdem cum veteri pretiosiore valoris impositicij, prout etiam non obscure colligitur ex *d. c. quanto, & d. extrauag. proaiens.* Vnde satis apparet, non minus in consideratione esse monetæ materiam, quam valorem extrinsecum, adeoque pecuniam auream vel argenteam, licet in obligationem non veniat, quatenus est massa vel rudis quantitas metalli, sed vt moneta, siue quatenus est pecunia signata, tamen in dispositionem deduci non tantum sub ratione simplicis valoris extrinseci, siue impositicij, verum etiam cumprimis sub ratione valoris intrinseci, hoc est, bonitatis materiæ & pōderis, vel eo magis, cum non minus ex metallo, cui sua puritas & pondus inest, quam valore impositicio moneta, vt species materiæ formæque concursu rite producta constet, & vtrumq; pariter pro substantia eius requiratur: *Ita præ cæteris tradit Carol. Molin. de vsur. q. 92. n. 703.* Cuius porro consequens est, non sufficere, præstari monetam eiusdem valoris extrinseci, nisi sit eiusdem quoq; bonitatis intrinsecæ, vel quod huic in moneta noua deesse dignoscitur, rite suppleatur, siquidē qua quidq; ratione promittitur, aut in obligatione versatur siue cōtinetur, tali ratione procul dubio soluendum venit, *l. 3. in pr. ff. de act. emt. juncta l. prout, ff. de solut. cum simil.* Quintò: quia cum moneta noua ab intrinseca bonitate veteris degenerans, quantumvis ei valor veteris extrinsecus publico decreto tribuatur, nihilominus in rei veritate vilior atque deterior remaneat, nec valori suo correspondeat, quotidiana testatur experientia.

non modo quoad multa minoris eam vtilitatis, vel potius creditori damnosam esse, sed ne quidem diu, nedum perpetuo, quod tamen exigit ICtus *in l. 1. ff. de contr. emt.* in eodē statu durare. Namq; cum nihil frequentius, quam vt conficiendorum vel inaurandorum vasculorum, & id genus aliarum rerum gratia sit opus argento, aurove, difficulter id moneta viliore comparari, multo minus ipsa moneta sine jactura eius, quo valor impositicius intrinsecam bonitatem excedit, in eū finem conflari poterit. Sed etsi moneta puritate materiæ justoq; pondere destituta, tanti valeat eo loci, quo cuditur, & in vicinia, quanti moneta vetus debiti ponderis probeq; speciei, locis tamen alijs tantundem haud valet ob notabilem bonitatis intrinsecæ defectum, sed in ea modo, quam materiæ qualitas & pondus habent, æstimatione recipitur: cum tamen e diuerso creditoris, vtpote qui recepturus alicubi pecuniam, scire vix potest, vtrum illican alibi flagitante necessitate vel vsu sit eandem expensurus, plurimum intersit, adipisci pecuniam, quæ tantum bonitatis intrinsecæ defectum haud patiatur, eoq; locis alijs citra jacturam expendi queat. Etenim perquam difficile est, eos reperire, qui eo loci, vbi deterior moneta pluris valet, pro ea meliorem alibi valituram gratis commutare velint. Diu vero durare moneta vilior in eodem statu propterea non potest, quia propter difficultatem commerciorum & id genus alia quamplurima incommoda ex monetæ deterioratione quantumvis publice instituta suborientia, periculum, nec id quidem vana, sed graui de caussa, juste metuendū semper imminet, ne breui vel in totum vilior illa moneta tollatur, *vt in l. creditor, ff. de solut.* vel edicto publico valor extrinsecus restringatur, quorum vtroque nihil pene frequentius, nihil vsitatius: vel si maxime neutrum horum eueniat, nihilominus ipsa sensim tacito quopiam populi consensu in valore extrinseco diminuatur, dum quisq; sibi, quantum potest, prospicit, ne viliorem recipere teneatur, ac proinde quo difficilius illa expendi potest, eo facilius extrinseci valoris diminutionem admittit. Ita sępe factum legitur, vt vrgente Reipub. summa necessitate monetę vilissimæ percussæ fuerint, eisq; valor longe maximus impositus: sed quam primū subesse necessitas desijt, non modo res in pristinum statum abrogata mutatione tanta confestim redijt, sed etiam his, qui monetas illas vel in totum reprobatas, vel tanti non amplius valentes tunc temporis habuerunt, de publico satisfactū: idq; etiamnū hodie, quoties moneta, quæ aliquandiu fuit in vsu, propter intrinsecæ bonitatis defectum publico decreto reprobatur, aut illius valor restringitur, omnino fieri oportere, nisi labem vel suspicionem tyrannidis respub. vel princeps incurrere malit, *Carol. Molin. ostendit d. tr. de vsur. q. 100. n. 704.* Quæ cum ita sese habeant, negari vix potest, adeoq; constat ex communiter accidentibus, creditorem damnum esse passurum, si monetam nouam ab intrinseca bonitate veteris degenerantem simpliciter accipere teneatur pro vetere in obligationē deducta: Certi autem juris est, creditorem non esse cogendum in aliam formam, nedum in aliam materiam, quę cum valore principaliter attenditur, *l. 1. C. de vet. num. pot. lib. 11. c. quanto, de jureiur. & extrau. prodiens, de crim. fals.* nummos accipere; quoties ex ea re verisimiliter damnū aliquod passurus est, *l. Paulus, 99. ff. de solut.* Sexto: Quicquid post contractā generis aut quātitatis obligationem ex post facto citra culpam creditoris contingit, hoc regulariter ei nec obesse nec prodesse potest, *l. certi condict. 9. §. vlt. ff. si cer. pet. l. creditor, ff. de solut.* Subsequens autem monetæ mutatio quoad materiam remanente nihilominus pristino valore citra culpam creditoris ex post facto contingit: Non igitur ipsi debebit obesse, nec prodesse: quod tamen omnimodo futurum esset, facta simpliciter monetæ nouæ solutione sine supple-

tione vel deductione eius, quod priori monetæ obligatione comprehensæ quo ad intrinsecam bonitatem deesse vel superesse dignoscitur. Septimò: quia si manente pristino valore moneta quoad materiam cudatur melior aut deterior priore, nec tamen co minus nouam pro antiqua in obligationem deducta vel recipere creditor, vel soluere debitor teneatur, vtiq; vel creditor minus debito consequetur, dum scilicet pro vetere sibi debita, quæ maioris puritatis aut ponderis erat, cogitur esse contentus noua minoris puritatis aut ponderis existente, quæ in rei veritate imposititio valori correspondente, vel debitor plus debito soluet, dum pro vetere minoris puritatis aut ponderis, nouam quæ ita maioris puritatis aut põderis, adeoq; in rei veritate plus vetere valeat, præstare compellitur: cum tamen juris indubitati sit, non magis vrgeri posse creditorem, vt eo quod minus debito solutum esse dignoscitur, sit cõtentus, quam debitorem ad soluendum plus debito compelli posse, *§. si quis agens, cum seqq. & §. si minus, inst. de action. l. vn.*
2 *C. de plus pet. c. vn. & ts. vbiq; DD.* Octavò † suffragari videtur *c. olim causam, de censib.* Debebantur in facti specie illic proposita singulis annis sex denarij Papienses, pro quorum vnoquoque per annos ferme triginta sex, & sic nondum completa quadragenaria præscriptione contra Ecclesiam currente soluti fuerant, tres denarij Lucenses, qui tamen intra prædictum tempus ita decreuerunt, vt sub illius finem vix Lucenses denarij sex vni Papiensi æquiualerent: Proinde Pontifex condemnat reos ad solutionem denariorum Papiensium vel æstimationem eorundem. Iam vero non exprimitur, vtrum illa monetæ declinatio in bonitate intrinseca, an in valore extrinseco, an vero in vtroque simul facta fuerit: multo minus ex verbis contextus quicquam elici posse videtur, quo confirmetur, illic monetæ declinationem saltem in extrinseco valore vel solo, vel cum bonitate simul intrinseca factam esse: Nam quod dicitur, vnum denarium Papiensem, siue quod in idem recidit, tres denarios Lucenses veteres valuisse quinque vel sex denarios Lucenses nouos, id non magis intelligendum venit de valore extrinseco siue imposititio, quam de valore intrinseco siue bonitate intrinseca, quandoquidem moneta ponderis aut puritatis minoris, vtcunq; pristinum valorem extrinsecum habeat, nihilominus verissime dicitur esse minoris valoris effecta, minusq; valere, *vt est tex. not. in c. quanto, de jurej.* Quocirca etiamsi foret admittendum, in casu *d. c. olim*, supponi non incommode posse, monetam in extrinseco tantum valore declinasse, aut in bonitate intrinseca pariter & extrinseco valore decreuisse, nihil tamen obstaret, quo minus in illo casu peræque supponere liceat, in valore tantum intrinseco monetam declinasse: & vt tex. d. c. ad alterutram illarum declinationis monetæ specierum solam vix citra diuinationem restringi posset, quandoquidem ex d. c. minime constat, pœnam vel qualis illic declinatio monetæ interuenerit, ita nec citra illud ipsum diuinationis vitium ad illas ambas modo accommodari atque coarctari, & sic hæc tertia monetæ declinationis species ab intellectu atque dispositione d. c. excludi potest. Hoc autem contento nec non ostenso, textum d. c. etiam de declinatione monetæ quo ad solam intrinsecam bonitatem esse intelligendum, patet ex decisione Põtificis in d. c. moneta veterem, quæ in obligationem deducta fuit, esse soluẽdã, aut si fiat solutio in moneta noua, supplendũ esse, quod monetæ veteris intrinsecæ bonitati, quippe quæ sola valore impositio remanẽte decreuit, deesse dignoscitur. Verum enimvero si, quod res est, paulo diligentius attendamus, longe verisimilius esse constabit, in hypothesi d. c. solum decreuisse valorẽ intrinsecũ, quam quod valor extrinsecus illic aut solus aut cum bonitate

tate

tate simul intrinseca fuerit diminutus. Etenim si denarij Lucenses in extrinseco valore diminuti fuissent, praesertim usq; ad dimidium, certe antecessores actores episcopi tot annis pro singulis Papiensibus tres Lucenses denarios extrinseco sui valore vix dimidium Papiensem efficientes, nullatenus recepissent, multo minus impositicij valoris diminutio praesertim tanta eisdem potuisset esse incognita, cum usq; adeo soleat esse notoria, vt ne quidem simplicissimos homines latere possit. Ac si maxime concederetur, episcopos nesciuisse, tantopere Lucenses denarios quoad extrinsecum valorem vel solum vel cum intrinseca bonitate decreuisse, clerici tamen procul dubio dolose & fraudulenter egissent, suis episcopis ignorantibus soluendo pro singulis Papiensibus tres modo Lucenses denarios, perinde ac si denariorum Lucentium quoad extrinsecum valorem nulla declinatio interuenisset, nouiq; denarij Lucenses tantum haberent valorem impositicium, quantum veteres habebant: cum tamen actor clericis ne quidem simplicem malam fidem, nedum fraudem dolumve objecerit, vtiq; non omissurus, si tale quid eis imputari potuisset. Quoniam vero Pontifex asserit, quod per monetae declinationem acciderit, vt vsque ad tempus actoris Lucenses dati fuerint pro synodatico, sicut erãt in vsu, eoq; nihil aliud indicat, quam propterea pro singulis denarijs Papiensibus hucusq; tres Lucenses denarios fuisse receptos, quod episcopi non animaduerterint tantã Lucensis monetae declinationem, potius eandem in pristino statu mansisse crediderint, patet hinc, non illic interuenisse tantam valoris extrinseci declinationẽ, quippe quam episcopi vix ignorare potuissent, quaue subsistente tres Lucenses pro vno Papiensi nec ipsi recepturi fuissent, nec clerici citra doli fraudisq; praesumtionem in pristino valore impositicio pridem sublato soluere potuissent, verũ potius eundem remansisse valorem impositicium, & in bonitate seu valore tantum intrinseco sensim ita diminutionem fuisse factam, vt tandem nouus denarius Lucensis in rei virtute vix dimidiũ antiqui valeret: quod episcopos, aut etiam clericos aliquandiu non animaduertisse, mirum non est, quandoquidem non habentes inter monetas tantae similitudinis, peritiam discernendi, falluntur ea occasione quotidie in vsu monetarum, vt ait Pontifex *in extrauag. prodiens, de crim. falsi.* Sic igitur ex d. c. sententia communis & receptissima non obscure comprobatur, quandoquidem Pontifex in ea controuersia clare decidit, oportere solui denarios Papienses, vel eorundem aestimationem, non quidem extrinsecam solummodo, quia liquet ex praedictis, eandem fuisse aestimationem extrinsecam tam vnius Papiensis triumq; Lucensium denariorum veterum, quam vnius Papiensis, triumq; Lucensium nouorum, sed cum primis etiam intrinsecam, vt quantum in intrinseca sui bonitate Papiensis excedit tres denarios Lucenses nouos, tantum trib. illis Lucensib. addatur. Nec quicquam officit, quod illa pecuniae declinatio contigerit non in denarijs Papiensibus, qui erant debiti, sed in Lucensibus. Redit enim in effectu res in idem, cum ex d. c. constet, fuisse praestitam ab initio congruam aestimationem Papiensium, videlicet, pro vnoquoque tres denarios Lucenses veteres, vt proinde nec immerito in hisce surrogatis, & aestimatione loco rei, nempe denariorum Papiensium succedente, sit idem juris, prout etiam isthaec omnia in effectu reuera coincidunt, quia cum constet, quemlibet Papiensem effecisse in valore cum intrinseco tum extrinseco tres denarios Lucenses veteres, & denarium Lucensem nouum in valore intrinseco vix dimidio Lucensi veteri aequipollere, consequitur, vt condemnati per sententiam Pontificis clerici, si nouos potius denarios Lucenses, quam Papienses, aut Lucenses

veteres soluere malint, supplere teneantur, quae tum nouis Lucentibus denarijs in valore intrinseco deesse dignoscitur. Nonò † per tex. *c. cum canonicis, de censib.* vbi per monetam nouam meliorem, de qua summam pecuniae pro Ecclesiae pensione quotannis debitam, Canonici sibi solui exigebant, non aliam denotari, quam quae in bonitate intrinseca, non in extrinseco valore sit aucta, euidenter apparet, tum, 1. quod in textu dicitur, Canonicos illam summam de meliore moneta solvi desiderasse, quae pro Ecclesiae pensione quotannis debebatur: Atqui si moneta, quam exigebant, in valore extrinseco fuisset aucta, nec minus tamen Canonici tot melioris monetae nummos sive denarios praestari flagitassent, quot pecuniae prioris accepissent, certe non illam, quae debebatur eis, sed aliam longe maiorem summam solvi petiissent. Nec dici potest, praedicta verba *illam summam* referenda esse non ad quantitatem siue aestimationem extrinsecam, sed ad numerum nummorum, quem Canonici in vtraque moneta eundem desiderauerint: quia proprietas vocis huius repugnat, cum constet, summae nomen appositum pecuniae proprie denotare plurium nummorum aestimationem extrinsecam siue quantitatem, *l. 1. l. quaeretatur, ff. qui potior. in pign. l. 1. §. si stipulanti, juncta l. quae extrinsecus, vers. sed etsi, ff. de verb. oblig. l. plane, §. si eadem, ff. de legat. 1. l. in fraudem, §. fiscalibus, cum §. seq. ff. de jure fisci, & alibi passim, tradit q; post alios Prateus in lexic. juris, verb. quantitas, & verb. summa pecunia:* & vt quantitati sic etiam summae velut e diametro numerus siue differentia numero singularia corpora nummorum in quantitate siue summa constituenda concurrentia opponuntur, *d. l. plane, §. si eadem, ff. de lega. 1. l. si stre, ff. de verb. obl. g. l. si cui, ff. de solut. vbiq; not. per Dd.* Non est autem aliter a proprietate verborum recedendum, quam si manifeste constet, aliud sensisse disponentem, *l. non aliter, ff. de legat. 3.* multo minus diuersa, nedum opposita sunt inuicem temere confundenda, *per ea qua late pra caeteris notat Euerh. in lo. à separatis, & ab opposit.* Nec potest illa diuinatiua interpretatio iuuari ex eo, quod Pontifex contrarium eius, quod Canonici exigebant, statuens, alternatiue mandat aestimationem pensionis antiquae solui: quia non est extrinseca tantum aestimatio monetae, sed etiam intrinseca, vt proinde in satisfaciendo debeat non minus ad hanc, quam ad illam respectus haberi, eoq; deduci, quod in meliore noua moneta quo ad intrinsecum valorem superesse dignoscitur. Adde quod aestimatio pensionis antiquae nihil aliud est, quam quanti ea res est, *l. inter has, l. hac verba quanti, ff. de verb. signif. cum simil.* Id vero quanti res est, cumprimis intrinsecam rei bonitatem concernit, cum quo maiorem vnaquaeq; res bonitatem intrinsecam habet, eo fit pluris, quove minorem, tanto sit minoris. *l. fundum, ff. de nouat. l. forte quod pictorem, ff. de rei vend. l. in hac, ff. de condic. trit. & simil.* Quoniam igitur puritas pondusque materiae bonitas est intrinseca monetae, consequitur, antiquae pecuniae aestimationem, quam vult fieri Pontifex, cumprimis illam intrinsecam antiquae monetae bonitatem concernere, vt quo minor est materiae puritas, minusq; pondus, eo minus etiam in moneta noua meliore praestetur. Tum, 2. quia moneta melior non tam ea dici solet, cuius valor impositititius est adauctus, quam ea quae purior aut ponderosior eodem remanente valore extrinseco fieri coepit, *vt est tex. in c. quanto, ibi, quem tempore patris tui habuit meliorem, de jureiur.* & satis etiam ex eo commonstratur, quia bonitas rerum corporalium in hominum commercio existentium apud nostros in magis propria significatione perhibetur ea, quam non lex aut hominum dispositio vel arbitrium finxit, sed ipsa natura produxit, & vt rebus inhaereret effecit: proinde naturae vi sua cuiq; corpori talis boni-

bonitas inest, non extrinsecus hominum consensu, lege vel autoritate adijcitur, *l. cum quid, vbi maxime Donell. numer. 7. ff. si cert. peta. l. ubi autem non appellat. ff. de verbor. obligation.* Vnde cum quid magis bonum sive melius perhibetur, potissimum de eo venit intelligendum, quod maiorem bonitatis per rerum naturam inhærentis gradum habere cœpit, *d. l. ubi autem, l. fundum, ff. de nou. & sim.* Quo fit, vt per monetam quoq; meliorem sit intelligenda non tam illa, quæ in extrinseco valore fuit adaucta, quam quæ purior est quoad materiam, aut ponderosior, maioremq; priore bonitatis intrinsecæ gradum obtinet, *per prædicta.* Tum, 3. quia tantum abest, vt moneta quoad extrinsecum valorem aucta dicatur aut dicenda sit melior, vt potius propter huiusmodi augmentum censeatur deterior: quod vltra usitatum loquendi modum satis etiam liquet inde, quod monetæ probitas in eo potissimum consistere videtur, ne valor extrinsecus intrinsecam bonitatem superet vel excedat, cum, vt ante dictum, pecunia tantum in rudi massa debeat habere, deductis scilicet expensis consuetudine subsistente, quanti signata valet. Vnde quo magis augmentum extrinseci valoris efficit, ut is intrinsecā pec. bonitatē excedat, eo magis moneta à pristina bonitate deflectit, deteriorq; redditur. Tum, 4. quia si per monetam meliorē intelligenda foret nouiter adaucta nō tantum in bonitate intrinseca, verum etiā cumprimis in extrinseco valore, vt opinatur *Molin. de vsur. q. 100. n. 750.* casus fuisset indubitabilis, nec pontificalis decisionis vllatenus indiguisset. Patet, quia nemini dubium esse potest, quin plus debito petant, qui tot nummos monetæ non tantum in pondere, magnitudine vel puritate, sed etiam in extrinseco valore adauctæ exigunt, quot nummi monetæ minus tam intrinsecus, quam extrinsecus valentis debentur, cum ex nummis monetę plus intrinsece simul & extrinsece valentis tantū supersit, quantum ij nummos monetæ interius & exterius minus valentis in bonitate tā intrinseca quam extrinseca superant. Rursus cuiuis est indubitatum, nec plus debere quenquam præsertim ante moram posse, quā fuerit in obligationem deductum, nec in obligatione ad præstandam certam monetam contracta plus esse, quam quantum illius monetæ bonitas tam intrinseca quam extrinseca importat. Adde quod Molin. ipse *in tractat. de vsur. quæst. 92. numer. 707.* fatetur, quoties aureus siue argenteus nummus tam intrinsece quam extrinsece diminutus est, non esse integrum nummum veterem, sed illius partem quotam: eoque statuit ex aduerso vi consequentis, quoties aureus sive argenteus nummus tam intrinsece quam extrinsece auctus est, vicissim antiquum nummum non esse integrum respectu nummi noui, sed istius partem solummodo quotam, ac proinde vel ipsa naturali ratione dictante constat, exigendo nouus nummus, hoc est, integrum siue totum, pro veteribus, hoc est, parte illius totius, plus peti quam sit debitum siue in obligationem deductum. Nomen vero monetæ nouæ melioris etiamsi fuisset idem, puta, si tam veteris, quam nouæ monetæ singularia corpora denariorum nomen habuissent, vel eadem figura in annos prope singulos alioqui mutabilis, notoria tamen erat essentialis vtriusque monetæ quoad materiæ bonitatem, & imposititiū valorem diuersitas, vt proinde in rebus tam discrepantibus, nihilque præter nomen aut figuram fragilem commune habentibus ab vnius obligatione ad alterius obligationem illationem fieri nullam posse, inter omnes necessario constitisset, extraque controuersiam fuisset, *l. Papinian. exuli, ff. de minor. l. vltim. ff. de calumn.* Quæ cum ita se habeant, interpretatio communiter ad *d. c. cum Canonic.* tradita, qua solum intrinsecæ bonitatis augmentum sub meliore moneta intelligitur,

contextui quam maxime consentanea videtur. Cui porro consequens est, ex decisione Pontificis, Canonicos solutione prioris in obligationem deductæ pecuniæ, vel æstimatione non secundum extrinsecum valorem, quippe qui in vtraque moneta vnus est & idem, sed secundū intrinsecum valorem, quo melior à priore viliore distinguitur, initā contentus esse oportere, tantumq; in moneta noua meliore deduci licere, quantum bonitas eius intrinseca prioris monetæ bonitatem intrinsecam superat. Vnde si moneta vetus quoad intrinsecam bonitatem sit melior nouâ, vicissim vi consequentis tantum in moneta noua addatur si ve suppleatur, oportet, quantum valor intrinsecus pecuniæ veteris, nouæ monetæ valorem intrinsecum excedit. Ac licet Molinæus objiciat, veterem monetam non fuisse abrogatam, nec diminutam, sed in veteri solitoq; cursu stetisse vt prius, alioqui Pontifex in illa solutionem fieri minime præcepturus erat: cum tamen si nova melior moneta non aucto extrinseco valore fuisset excusa, proculdubio vel fuisset reprobata vetus vt illegitima, vel ipso facto cœpisset esse minoris æstimationis, adeoq; communiter ita fieri consueuerit, vt vix noua cudatur aliquatenus fortior moneta, quin etiam in cursu eatenus vel pluris augeatur, quantum de meliore sit materia. Nihil tamen hisce proficit: Nec enim sciuit ipse Pontifex, in vsu tunc fuerit adhuc prior pecunia, nec ne, prout ex adjecta conditione, *si non sit in vsu*, clare patet. Deinde non est perpetuum, vt percussa sub eodem extrinseco valore moneta meliore, protinus aut abrogetur moneta vilior, aut ipso facto minus extrinsece valeat, cum sit testis experientia quotidiana, sæpenumero meliorē quidem sub eodem valore cudi, nec minus tamen in suo statu durare aliam extrinsecus æquivalentem, sed tanta bonitate non æque præditam, dummodo non nimis ab æquabili bonitatis cum intrinsecæ rū extrinsecæ proportione deflectat. Quare per hasce nimis infirmas & ambiguas conjecturas nouus ad præcitatum textum alioqui non obscurum intellectus, præsertim contra verborum proprietatem, sustineri vel admitti minime potest. Verum enimvero etiamsi concederetur, citra tamen veri præjudicium, textui d. c. congruere posse casum, quo moneta noua tam intrinsece quam extrinsece fuit adaucta, neutiquam tamen eodem textu casus alter, cum scilicet in intrinseca saltem bonitate fuit aucta pecunia, propterea cōtineri, communisq; sententia adjuuari desineret, quandoquidem verba etiamnum æqualiter sese haberent ad vtrumque casum, tam incrementi in sola bonitate intrinseca, quam augmenti in bonitate intrinseca pariter & extrinseca, nec satis constaret, vter illorum casuum præ altero in illa facti specie intervenisset, nec quicquam caussæ subesset, cur magis ad hunc, quam ad illum textus referretur. Vnde licet ambo casus in vna & eadem facti specie singulari simul & semel concurrere nequiuerint, quia tamen intervenire tam potuit vnus, quam alter, vtriq; nec immerito textū, concurrente præsertim generalitate verborum, ita oporteret intelligi, vt vtriq; casui satisfiat, *arg. l. adoptiuus, §. idem tamen, vers. sed in re dubia, ff. de ritu nuptiar. Bald. in l. honor. n. 6. C. qui admitti. Craner. cons. 301. n. 4. vol. 2.* Decimò: Si noua pecunia mutata in materia, sed pristinum valorem extrinsecum obtinens, recipienda vel soluenda esset pro vetere sine vlla suppletione vel deductione, parum vel nihil prodesset, monetæ certam speciem peculiariter in obligationem deduxisse. Patet, quia moneta mutata in materia non eadem videtur esse cum priore, quam contrahentes expresserunt, sed alia, *Dd. in l. cum quid, ff. si cer. pet. Alber. Brun. de augm. monet. part. 1. n. 4.* Nec immerito quidem; non enim propter eundem valorem extrinsecum, aut etiam figuram censeri potest moneta eiusdem

dem speciei siue generis. alioqui monetas aureas & argenteas eundem valorem extrinsecum, aut similem figuram impressam obtinentes, oporteret eiusdem esse speciei. Cumq; valor materiæ regulariter æquipollere debeat, vtiq; pro iisdē habere monetis haud possunt, quarum altera materiam habet extrinseco suo valori congruam, vel ab eo minꝰ deflectentem, altera materiā lōge magis ab extrinseco valore discrepantem, concurrente præsertim diuersitate cū ponderis, quod cuiq; nummorum generi peculiare tribui solet. tum puritatis præsupponētis mixtum quid è metallis vel pro parte vel in totum diuersis, ac proinde ab iisdem quodammodo specie discrepans. *§. si aurorum, vers. sed et si, inst. de rer. diu. l. launs, §. si aere, ff. de acquir. rer. dom.* Ei vero prodesse, certam fuisse monetæ speciem in obligationem deductam, dici vix potest, qui nihilominus aliā recipere vel soluere cogitur. Quare cum sit absurdum cōsequens, absurdū quoq; sit antecedens necesse est. Vndecimo: Quoties nouum quid publice constituitur, ad ea quæ tempore sunt anteriora revocari nequit. ac ne quidem pendentibus adhuc negotiis applicari potest, nisi nominatim tale quid cautum fuerit. *l. leges, C. de legib. c. cognoscentes, de const. vtrobiq; Dd.* multo minus eo tollitur jus alicui tam re quam spe prius acquisitum, *d. c. cognoscentes, juncta l. id quod nostrum, & ibid. not. per Dd. ff. de reg. jur. Bald. in l. si constante, C. de don. ante nupt. Joa. Andr. in c. juris ignorantia, de reg. jur. in 6. Anchar. in c. 1. quæst. 13. de constit. & post alios Ioan. Bologni. in l. omnes populi, nu. 169. ff. de just. & jur.* Atqui si materiæ puritatis aut ponderis siue bonitatis intrinsecæ ratio non esset habenda, noua monetæ mutatio, quam constitutione siue autoritate publica fieri necesse est, *l. 1. ubi Dd. ff. de contr. empt. Dd. in c. 1. quæ sint regal. & in c. quanto, de jurei. Laurens. post alios, tr. de monetis, quæst. 8. Couar. t. veter. coll. numis. c. 7. n. 6. Bodin. de repub. lib. 1. c. 10. fol. 219.* non modo ad ea, quæ tempore sunt anteriora, revocaretur, vel negotiis pendentibus applicaretur, verum etiam jus creditori vel debitori tam re quam spe prius acquisitum auferret: Obligationes enim ad certam monetæ speciem, de quibus agimus tempore sunt anteriores, quæ simul atq; natæ fuerunt, protinus debitoris firmiter astrinxerunt ad illam ipsam monetæ speciem: Vnde si pro singulis illius pecuniæ nummis, singuli nouæ monetæ nummi soluendi forent, nulla propter bonitatem intrinsecam excedentem vel diminutā deductione vel suppletione facta, vtiq; nouū illud circa monetæ in bonitate saltem intrinseca mutationē institutum publicū reformaret siue immutaret antecedētes oblig. tollendo ex eis necess. tātē soluendi vel recipiendi monetā priorem illis obli. vnice contentam, & admittendo solutiones in moneta noua quo ad materiam mutata citra prioris ęiti. intrinseco valori cōgruam, adeoq; pari ratione protinus auferret jus antea quęsitū, creditori quidem, ne pro illa, quæ oblig. compræhensa fuit, teneretur aliam præsertim in materia viliorem recipere, debitori vero, ne pro eadem cogeretur aliam pręsertim in materia meliorem soluere. Quocirca cum isthæc legib. aduersentur. admittatur oportet, ōnino bonitatis intrinsecę rationem habendā esse. Contrariam† 4
tamen sententiam, videl. attendendā vel exigendam non esse materiā siue bonitatem intrinsecam, eoq; pecu. novam in ea modo mutatam, cætera priore in obl. deductę non dissimilem pro moneta debita cum soluendam tum recipiendam esse sine vlla deductione vel suppletione, tuentur *Io. Fab. in auth. hoc nisi, C. de sol. & in §. 1. in fi. inst. quib. mod. toll. oblig. Carol. Mol. de vsur. q. 100. n. 753. cum seqq. maxime nu. 766. Hotom. in lib. quæst. illust. q. 13. Donell. in l. cum quid, num. 10. ff. si cer. pet. Menoch. consilio 49. num. 38. 39. & 42. dicens hanc esse* veriorem, & probabiliorem, *quam judex prudens bene oculatus sequi deberit, vol. 1.* Confirmatur ea primo: quia pecuniæ numeratæ vis omnis,

adeoq;

adeoq; substantia ipsa est in ea æstimatione, quæ cuiq; nummo certa nota percusso publice est indita, nec quicquam est nummus, quatenus nummus, nisi id quod publice valet, & quo æstimatur, *l. 1. ff. de contr. emt. traduntq. lo. ubi inter Molin. de usur. q. 92. num. 694. & seqq. Hot. d. q. 15. Don. d. l. cum quid, n. 9.* Hic autem vtrobiq; subest eadem æstimatio, tantumq; publice valet noua, quantum prior. Non igitur interueniens materiæ puritatis, magnitudinis aut ponderis diuersitas esse debebit in consideratione. Verum etsi negari non potest, esse de substantia monetæ, vt valor aliquis ei sit impositus, cum auri vel argenti vel æris massa ipsa per sese sit inutilis ad rerum permutationes contrahendas, non tamen hinc sequitur, cum valorē, quē princeps aliquis aut populus peculiariter in suo territorio cōtra eam, quæ apud cæteras gentes obtinere solet, æstimationem, nummis imponit, esse de substantia monetæ, quod cum per sese clarum, tum etiam patet ex eo, quia tolli siue mutari potest saluis nihilominus remanentibus nummis, qui cum substantiā suam acceperint a jure gentium, quo sunt inuenti atq; constituti, *l. 1. ubi Dd. ff. de contr. emt.* procul dubio desinerent esse nummi valore illo sublato siue mutato, si quidem esset de substantia, *l. 2. ff. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* Præterea si de substantia nummorum foret, ijdem nummi eundem valorem obtinerent non tantum in territorio principis eum inducentis, sed etiam extra illud apud omnes, qui eis vti nummis vtuntur, cuius tamen contrarium docet experientia, cum nec pluris nec minoris, quam quatenus bonitas intrinseca siue materiæ magnitudo, pondus & puritas exigunt, apud eos, qui lege principis illius minime tenentur, expendi soleant. Quanquam etiam responderi commode potest: Vt in cæteris rebus vniuersis forma quantumvis essentialis materiam præsupponit rite dispositam, qua sustineatur, cuive applicata rem inesse producat, sic etjam in moneta vsuvenire, vt valor imposititius omnino materiam legitime præparatam siue dispositam præsupponat, cum qua monetæ substantiam pariter constituere valeat: eoq; nec immerito respectus etiam habetur ad dispositionem materiæ, quippe non minus quam valor, pecuniæ substantialibus requisitis annumeranda venit: Vnde videmus passim in jure nostro, non valorem attendi solum, sed monetæ materiam, eiusque pondus & puritatem cumprimis considerari & exigi, *l. 1. C. de veter. num. pot. lib. 11. l. 1. & 2. C. de ponderator. lib. 10. c. quanto, de jurei. & extrau. proaiens, de crim. fals. & extrau. vas electionis, §. porro, de censib.* & satis etiam apparet ex argumento tertio & quarto pro communi sententia prius adducto. Verum contra datam responsionem, quæq; pro eius confirmatione faciunt, excipit *Molin. d. q. 100. n. 754.* hisce omnibus nihil aliud effici, quam quod moneta debeat habere quoque materiam & bonitatem materiæ publice præstitutam, definitam & compactam, quæ sit etiam de substantia, quamq; nisi habeat moneta, nec proba nec legitima censeri queat: cum tamen istud extra controuersiam sit in præsentia, vbi ante omnia præsupponitur, monetam nouam habere bonitatem intrinsecam tam in qualitate, quam in pondere ei de novo publice præfixam, institutam & requisitam, peræque vt monetæ priori sua bonitas intrinseca cum in puritate, tum in pondere præstituta fuit: saltē id in disceptationem veniat, quoniam vtrique monetæ valor idem impositus, sed alia priori, alia nouæ monetæ bonitas intrinseca publice siue per eum, penes quem est potestas rei pub. fuit præstituta, vtrum diuersitatis huius in obligationis mutationē antecedentis solutione vlla sit habenda ratio. Sed facile replicādo tollitur objectio: Nam si rationem pro negatiua parte modo adductam accuratius ad propositam quæstionem expendere

veli-

velimus, nec ipsa quidem id probare v. debitur, ad quod confirmandum adducitur. Etenim si maxime id, quod rectius negari potest, largiamur, in eo nempe valore, qui vtrobiq; supponitur idem, essentiam monetæ potissimum consistere, non tamen inde necessario concluditur, diuersitatem in materia vel eius pondere aut puritate publice inductam non esse attendendam: alioqui cum cæterarum rerum corporalium in hominum commercio consistentium unaquęq; suam habeat formam, in qua eius essentia potissimum consistit, necessario secuturum fuerit, præter formam nec materiam nec quicquam aliud in illa re considerari vel attendi oportere: quod absurdum esse nemo non intelligit: Potius é diuerso videmus ita comparatum, vt cũ primis in obligation. non forma rei solum, sed & materia, cæteraq; omnia rei inhærentia vel eam comitãtia siue bona siue mala sint, jure merito diligenter attendẽda & consideranda veniant, eorumq; ratione actiones aliæve persecutiones siue exactiones institui queant, etiã si inter partes nec sit, nec fuerit de forma rei contentio; prout ex t. *de contr. emt. de act. emt. de ad. edic.* & passim ex aliis locis abunde liquet. Quinimo bonitatem illam tempore obli. subsistentem, quam in solutione requirit *d. l. cum quid, ff. si cer. pet. & sim.* tantum abest, esse formam rei in obligationem deductæ, vt ne quidem sit eius materia, sed accidens, reb. eiusdem generis, ac per cõsequens in materia formaq; cõuenientibus competens, nec tamen omnib. aut plerisq;, sed tantum aliquibus, *d. l. cum quid, l. vbi autem, ff. de ver. obl.* quod possit adesse citra corruptionem subiecti siue rei debitæ, teste post alios *Bolog. in d. l. cum quid, n. 74. vers. non obst. quod possit adesse.* Quæ vero paulo ante pro communi adducta fuerunt argumenta, omnia manifeste arguunt, non in ea, quæ de nouo monetæ præstituta publico decreto fuit, sed in illa, quæ tempore obligationis viguit, bonitate intrinseca nummos esse soluendos.

Ac licet jura exigentia debitam, legitimam, justamque nummorum in materia bonitatem, nominatim de tempore nascentis obligationis haud loquantur, tamen abunde sufficit, quod in nummis intrinsecam materiæ bonitatem non minus quam in aliis reb. esse attendendam, clare probant. Hoc n. obtento sua sponte sequitur, quoties debitorum nummorum bonitas intrinseca, quæ tempore obligationis erat, deprehenditur esse diuersa ab ea, quę tempore solutionis est, pręstandos esse nummos in bonitate intrinseca, quæ tempore obligationis fuit, per regulam *d. l. cum quid, & sim.* Deniq; cum ipse *Mol. loc. prac.* excipiendo admittat, vltra valorem imposititium esse bonitatis intrinsecæ publice institutæ rationem habendam, & eo tempore, quo debitor ad soluendam certam nummorum speciem fuit obligatus, eadem num, quæ tunc nummis inerat, bonitas fuerit justa & legitima, non etiam ea, quæ postmodum cœpit introduci, vtiq; vel hinc efficitur, debitorem eo ipso fuisse simul in consequentiam obligatum ad soluendum in illa bonitate, quã nummi tunc habebant vnicam, quæq; tẽpore obli. sola erat legitima & justa, & sic illius omnimodo rationem habendam esse, nec aliter obli. satisfieri posse, nisi in illa ipsa bonitate soluatur, aut eius æstimatio congrua pręstetur. Secundo: quia moneta etiam pretiosa magis cõsideratur ratione cursus, quam materiæ, *Oldrad. cons. 168. ad primam, Ioa. Fab. in d. auth. hoc nisi, C. de solutio. & in §. 1. in fin. inst. quib. mod. toll. obl. Ant. de But. Panorm. & alij in c. quanto, de jureiu. Bal. in l. singularia, n. 15. ff. si cer. pet. Al. Brun. de augm. monet. particula 1. nume. 8. Carol. Molin. lo. rel. dicens hoc fateri* communiter *Dd. Menoch. d. consil. 49. num. 40. & 41.* Quicquid autem vel minus vel omnino non est in consideratione, id procul dubio cedit alteri, quod magis est consideratione, *l. quæsitum, §. illud, ff. de lega. 3. l. sed si ex meis, ff. de acquir. rer. dom. & similibus.* Ergo cum valor in vtraque moneta sit idem,

non erit de diuersitate circa materiam interueniente curandum. Sed quoniam interpretes, excepto *Ioan. Fabro, Molin. & Menoc.* magno consensu fatentur, intrinsecæ bonitatis, quæ tempore obligationis fuerit, omnino rationem esse habendam, vtiq; ista, quæ obijcitur, assertio ab eis quandoq; prolata non nisi de materia, quę in præsenti nummis inest, intelligi potest, eoq; plus in conclusione infertur, quam fuerit in præmissis, dum concluditur non esse curandum de materia tum ea, quæ nummis nunc inest, tum illa, quæ olim eis inerat. Deinde prædicata assertio tantum instituit collationem valoris & materiæ, & in hac collatione mutuoq; respectu magis considerari valor dicitur, quam materia. Quæstio vero nostræ disceptationi proposita, non est de valore vel mutuo valoris & materiæ respectu, sed est de materia monetæ prioris, & materia nouæ, præsupposito eodem vtrinq; valore, adeoque controuertitur, in qua solutio fieri debeat. Quo fit, vt ex illo valoris ad materiam respectu, ad respectũ materiarum inter sese fieri non possit illatio. Præterea monetam magis ratione cursus, quam materiæ considerari, propterea prodiderunt interpretes, quia valor monetæ publice impositus venit obseruandus in territorio statuentis, etiamsi materiæ minus congruat, & ab ea non mediocriter discrepet. Vt etenim de iure communi moneta eundem debeat obtinere valorem, quem habet ipsa materia, nihil tamen vsitatius, quam vt constitutione principis aut Reipu. maior valor imponatur, qui propter autoritatem statuentis obseruatur in ipsius ditione, vtcunq; materia tanti non valeat: prout ex diuerso etiam valor publice impositus foret obseruandus, quantumuis materia pluris valeret. Vndę cum ea demum, quam dixi, ratione magis valor quam materia in consideratione sit, id tantum hinc inferri potest, repudiari nũmos à creditore non posse, dummodo materiam eis publice præstitutam habeant, quantumuis valor non omnino materiæ congruat: neutiquam vero sequitur, illius quoque materiæ vel bonitatis eius, quæ fuit antea, cum obligatio constitueretur, rationem haberi nullam oportere: præsertim cum & illa prior moneta siue bonitas eius à noua sit plane separata atque diuersa, vtcunq; tantus vni quantus alteri valor tributus publice reperiatur: & vt is qui hodie alterum sibi obligat ad nummos certa specie soluendos, contentus quidem esse cogitur nummis eius bonitatis, qua nunc ex publico decreto sunt, quantumuis illa imposito valore minor sit, nō tamen nummos eam bonitatem non habentes recipere tenetur: ita nec fit æquum, vt is, qui ante mutationem in bonitate materiæ publice incidentem, sibi obligauit alterum ad soluendos in certa specie nummos, teneatur eos in alia, quam tempore obligationis fuerint, bonitate recipere. Deniq; dum interpretes asserunt, magis ratione cursus, quam materiæ monetam considerari, manifeste innuunt, in moneta quantumuis proba & legitima solum valorem non considerari, sed & materiam publice introductam, si non in tanta, vt valor, tamen in aliqua consideratione esse, comparatiuo scilicet præsupponente potiorum in se & in alio, *l. ubi autem non apparet, in princ. ff. de verb. obl. l. 1. §. hac verba, ff. si cui plus quam per leg. Falcid.* vt proinde ex eo, quia valor magis est considerandus, materiam non esse considerandam concludi nulla ratione queat. Nec quicquam huc facit *d. l. quæsitum, §. illud, ff. de lega 3. cum simili.* siquidem in proposito quoque nostro vtriusq; monetæ materia suo cedit valori, adeoq; tantus est & manet vnius, quantus alterius valor, nec tamen propterea sequitur, materiam prioris cedere nouæ: quod tamen omnino necessarium foret, si post mutationem superuenientem hæc pro illa citra deductionem vel suppletionem soluenda esset. Tertio; quia de

jure

jure quęlibet monetæ species debet semper eiusdem esse potestatis, & eundem vniformem valorem vsualem semper & vbiq; habere, *l. taeo, ff. de eo quod cer. lo. l. 1. ibi, perpetua ast. ff. de contr. emt.* nec ab eo recedere licet vllo modo, nec quicquam addere vel detrahere, capitali supplicio contravenientibus imminente, *l. vlt. C. de vet. nu. pot. lib. 11.* At si moneta noua tantum suppleri oporteret, vel deduci posset, quãrum priori monetæ obligatione comprehensæ quoad materiam sive bonitatem intrinsecam deesset vel superesse dignoscitur, vtiq; recederetur à valore monetæ, & plus eo vel minus perciperetur. Quocirca materiæ vel bonitatis in priore moneta ratio non erit habenda. Cui suffragatur, quod scripsit *Butigell. in d. l. cum quid, n. 28. ff. si cert. pet.* quod in pecunia signata, ex quo forma trahit ad se materiam, non est amplius materia consideranda. Verum etsi non negetur, de jure ciuili vniformem pecuniæ, perpetuamq; ęstimationem esse oportere, potius admittatur, gentibus vniuersis apprime commodum fuisse futurum, si in re nummaria semper fuisset vel nunc esset vniformis perpetuaq; apud omnes impositilia ęstimatio, vt post alios erudite notant *Moli. d. q. 92. n. 697. & n. 706. & Bodin. de repub. lib. 6. c. 3.* nec dubitandum sit, quin olim ex legũ pręscripto in omnib9 imperij Romani prouincijs vniformis & perpetua fuerit, *Molin. lo. rel.* tamen vt inter omnes ea gentes peręque obtinere minime potuit, partim propter naturalem hominum ad dissentiendum procliuitatem, & juris, quod ciuitas vnaquęq; sibi proprium cõstituit, diuersitatem: partim propter ipsa metalla cudendis monetis adhibenda, quæ cum non vbiq; pari copia suppetant, non omnibus in locis eadẽ pretia sortiuntur: partim etiam quod plurimi solummodo suam suorumve vtilitatem neglecta communi respiciant, vel certe quid è re suæ modo ciuitatis esse queat, expendant: sic etiam vsu venit, vt sensim post Instiniani ætatem vergẽte ad ruinam imperio Romano, detractisq; tantas inter illius commutationes atque conuersiones plerisq; prouincijs, tam salubris ordinatio dudũ etiam in orbe Christiano in desuetudinẽ abierit, nihilq; sit hodie frequentius, quam vicissitudinaria signatæ pecuniæ tam in materia, quã in valore diuersitas, prout quotidiana satis experientia testatur. Vnde quod vniformem & perpetuam requirit æstimationem, de jure quidem verum esse, non tamen de facto, recte dixit *Molin. ipse d. q. 92. nu. 706.* Potest etiam nõ incommode dici, propterea in pręcitatis legib. perhiberi, nummorum vnam, eandemq; ac perpetuam fuisse potestatem, non quod consuetudine vel constitutione quandoq; mutatio nec indui potuerit, nec inducta fuerit, quippe quam olim quoq; nonnunquã factam esse constat, sed quod olim nõ nisi raro mutaretur, *Cuiac. in l. quoties in diem, ff. de ver. obli. Hotom. d. q. 15.* Perpetuum namq; sæpius in jure nostro solet id nuncupari, quod ita constituitur, vt non ad tempus exiguum, sed tam diu semper duret, donec cõtraria constitutione sive expressa sive tacita rursus immutetur aut tollatur, *§. 1. inst. de perpet. & temp. act. §. sed naturalia, inst. de jure nat. gent. & ciuil. l. pignus, C. de pignor. act. cum sim.* Imperialis autem constitutio *in d. l. vlt. C. de vet. num. pot. li. 11.* nõ est de pecunia in genere, sive quaelibet monetę specie, sed de solidis tantum obryzatis concepta, qui cum percussi fuerint ex auro puto & optimo, & æquale pondus habuerint, nil mirum sub pœna tam graui prohibitum fuisse, ne quis eorum valorẽ lege publica sancitum ausu temerario mutaret, *gl. & Dd. in d. l. vlt.* Quin etiam negari potest, admissa communi opinione, valori monetæ quicquam detrahi vel addi, vel ab eo recedi. Recipitur enim loco veteris moneta noua in illo ipso valore, quem publice præstiturum habet, non in maiore vel minore: Sed cum vetus moneta vigore obligationis debita præter valorem habuerit quoque materiam à nouæ monetæ materia nonnihil diuersam,

certe non est iniquum, ut suppleatur aut deducatur, non quidem in valore monetæ nouæ, sed in ipsa moneta noua differe[illegible] non minus à valore, quam à materia sua, quicquid priori monetæ obligatione comprǽhensæ, quoad materiam sive bonitatem intrinsecam deesse vel superesse deprehenditur. Allegatam vero Butigellæ assertionem non tantum cœteri Dd. reijciunt, sed & irrationabilem & ridiculam esse dicit ipse *Molin. de vsur. q. 100. n.798.* Quartò: quia de jure obligatio ad pecuniam semper dicitur certa, imo certissima, *l. nummis, ff. de in lit. jur. l. stipulationum quadam, ff. de verb. oblig. & l. 1. ff. de condic. trit.* Certa vero dicitur saltem ratione æstimationis, *d. l. nummis.* Igitur æstimatio seu valor præcipue venit attendendus, & consequenter intrinsecæ bonitatis ratio non habenda. Sed negandum cõsequens, siquidem etiamsi valor præcipue foret attendendus, nihilominus etiam bonitas intrinseca esset in consideratione, prout in solutione secundæ rationis annotatũ. Imo nec ratione solius æstimationis seu valoris, verumetiam ratione bonitatis intrinsecæ certa dicitur, cum vnaquæque moneta certi metalli puritatem & magnitudinem sibi præstitutam, pondusq; præfinitum habeat: quibus deficientibus, non est proba moneta, sed adulterina & reproba, *l. eleganter, §. qui reprobus, ff. de pignor. act. l. creditor, § in pr. ff. de solutio.* Quintò, † quia moneta quælibet in obligationem deducitur non sub ratione bonitatis intrinsecæ sive materiæ, sed sub ratione solius quantitatis sive valoris, *vt est tex. not. in l. quæ extrinsecus, vers. sed etsi, ff. de verb. oblig.* Cum enim non valeat stipulatio, qua stipulator alia de re interrogauerit, promissor de alia responderit, *§. præterea, & §. si de alia, inst. de inut. stipul.* & stipulatio valida sit, quando stipulanti denarios, eiusdem quantitatis aurei, & sic alterius materiæ notæq; nummi promittuntur, *d. l. quæ extrinsecus, vers. sed etsi,* ac proinde concurrente vtrinq; eadem quantitate intelligatur eadem res in interrogatione & responsione versari: certe necesse est, sub ratione materiæ siue bonitatis intrinsecæ monetam nullatenus in obligatione vel esse, vel deductam censeri, alioqui vitiaretur ob rei diuersitatem stipulatio. Quocirca cum in proposita saltem in materiæ puritate vel pondere subsit quæpiam diuersitas, valor autem, cuius solius ratione pecunia venit in obligationem, in vtraq; moneta re vera sit idem, non magis hic, imo longe minus, quam in *d. l. quæ extrinsecus, vers. sed etsi,* de illa materiæ diuersitate curandum erit. Verum ut moneta, etiam quatenus est moneta, non nisi mutuo materiæ valorisque concursu constat, ita cum in obligationem ipsa, quatenus est moneta, deducatur, procul dubio non minus sub ratione materiæ siue bonitatis intrinsecæ, quam sub ratione valoris in obligatione versabitur, atq; continebitur, *arg. l. si quis cum totum, in pr. ff. de excep. rei judic. l. qui sest, in pr. ff. de vsur.* Textus autem *d. l. quæ extrinsecus,* fundat sese in solius appellationis, non etiam rei, quæ promittitur, variatione, nec alio nno proferrur illud exemplum de denarijs & aureis, quam ut ostendatur eo, rei saltem, non appellationis variationem stipulationi obesse, prout ex generali propositione *d. vers. sed etsi,* & exemplo quoq; posteriore liquido patet: cum tamen si fingatur, aut supponatur, ICtum sensisse de denarijs ex argento vel ære percussis, exemplum assertioni præmissæ requirenti, vt in appellatione saltem intervenerit variatio, minime conueniat, contraq; manifestum contextum necessario sit admittenda variatio in ipsa re, quæ promittitur, hoc est, in moneta, quandoquidem aurei, & denarij argentei vel ærei sunt in rei veritate prorsus diuersi, nec tantum materia, magnitudine, pondere, figura, sed & valore quam maxime discrepant, adeoq; sub genere suo, videlicet pecuniæ, separatæ species existunt, distinctaq; & peculiaria monetæ genera constituunt.

Quo

Quo fit, vt vigore contextus per denarios intelligendi veniant ex auro percusi, ac per consequens in rei veritate ijdem siue illi ipsi, qui in subsequente sponsione a materia aurei nuncupabantur, non aliter ac si stipulanti solidos promitterentur aurei: Ita præcitatum exemplũ siue textum quoque videntur intellexisse post *gl. Bartolus & Alex. & Bologn. in l. 2. §. mutui datio, nu. 27. vers. non obstat l. qua extrin. ff. si cert. pet.* Quod si maxime concedatur, denarios nunquam ex auro, semper ex argento aut ære fuisse percussos, tamen inde non efficietur, sub ratione materiæ monetam in obligatione non esse. Quod enim stipulanti denarios, aurei rectè promittuntur, nõ ea de caussa fit, quod moneta sub ratione materiæ non sit in obligatione, (id enim & rationi juris, & legibꝰ, Pontificumq; decretis materiam debito pondere, puritate, bonitateq; constantem requirentibus plane contrarium) sed quod in obligatione pecuniæ ferme semper mentionem denariorum, aureorũ, aut aliarum monetæ specierum fieri necesse est, & quidem eam ob caussam, quod constare, quanta sit in obligationem deducta pecunia, vix potest, citra expresionẽ alicuius speciei monetæ, cum pecuniæ, quatenus est genus, plane sit indeterminata quantitas, è diuerso species vnaquæq; certam sibi peculiarem quantitatem obtineat, ac proinde quodlibet ferme nomen certam quandam pecuniæ quantitatem siue modicam siue magnam significans, sit nomen certæ speciei monetæ illa quãtitate prędicæ: id quod olim apud Romanos ætate Iustiniani, & anteriore ICtorum tempore, tanto magis obtinuit, quo rarior tunc fuit monetæ mutatio: quæ caussa, vt in jure nostro, quoties pecuniæ quantitas exprimitur, denarijs, aureis, aliarũ ve monetæ specierum nominibus denotata sit, nec facile nomen determinatam quantitatem significans in eo reperire liceat, quod in certa specie pecuniæ non consistat, sed quamlibet ex æquo monetæ speciem concernat. Hinc igitur vsu venit, vt non minus quantitas denotetur sub nomine certam quandam speciem designante, quando disponens siue cotrahentes nec senserunt, nec egerunt, vt in illa sola monetæ specie solueretur, quam quando solutionẽ in illa sola pecuniæ specie fieri voluerunt. Cuius porro consequens est, vt nuncupata simpliciter aliqua monetæ specie in denotatione summæ siue quantitatis in obligationem deductæ, debitor ad illam quidem quantitatem omnimodo sit obstrictus, nõ tamen in dubio videatur ad monetæ speciẽ simpliciter expressam præcise teneri, præsertim cum alioqui dispositio intentionem disponentis siue contrahentiũ sæpius egressura sit contra vulgaram juris regulam, & quoties, vt in proposito, de obligando quæritur, propentiores esse debeamus ad negandum, si habeamus occasionem, *l. Arrianus ff. de acti. & obl.* adeoq; sit interpretatio facienda cõtra creditorem, qui legem obligationi potuit apertius dicere, *e. contra cum, de reg. jur. in 6. l. in contrahenda, ff. de reg. jur. l. Labeo, ff. de contrah. emt. cum con. er.* & ob æquivalentem certamq; nummorum æstimationem obligatio ad certam monetæ speciem non facile præsumenda videatur, potius in quamlibet formã nummos dummodo probos accipere teneatur creditor, si damnum ex ea re non sit passurus, *l. Paulus, 99. vbi Dd. ff. de solut.* Vnde luculenter apparet ratio, cur *in d. vers. sed etsi*, stipulatio valeat, quia nempe stipulator denarios simpliciter exprimendo non id egisse videtur, vt in denarijs præcise solutio fieret, vti nec promissor spondendo aureos censeri potest sese astrinxisse ad soluendum præcise in aureis, alioqui tam ob denariorum & aureorum diuersitatem, quam propter manifestũ contrahentium dissensum, quorum alter nõ nisi super denarijs contrahere, alter solos aureos in obligationem deducere voluisset, stipulatio procul dubio fuisset inualida, *§. præterea, §. si de alia inst. de*

 inut.

inut. stip. l. 1. §. si quis simpliciter, ff. de ver. obli. l. in venditionib. ff. de contrah. emt. sed quam stipulator nomine denariorum designauit quantitatem, eandē nuncupatione aureorum spopondit promissor: qua de caussa ICtus peculiariter adjecit verba *eiusdem quantitatis*, ut ostenderet, nec denarios a stipulatore, nec à promissore aureos in obligationem præcise fuisse deductos, sed citra restrictionem ad certam monetæ speciem in eādem quantitatem sive summam vtrumque consensisse.

6 Sextò, † quia in pecunia signata non attenditur materia, sed tantum valor & indicatura imposita, prout abunde liquet ex *l. cum aurum, l. Quintus, §. 1. ff. de aur. & arg. lega.* vbi deciditur, appellatione auri vel argenti non venire nummos aureos vel argenteos etiam ex pura materia, licet alioqui sit indubitatum, auri vel argenti appellatione venire omne aurum vel argentum, etiam factum, vt vasa aurea vel argentea, *d. l. cum aurum, l. quæsitum, §. illud, ff. de lega. 3.* Vnde sequitur, sufficere, si offeratur solutio in pecunia proba & currenti, quæ tantum valeat, in imposititio valore, quantum valebat moneta prior, adeoq; teneri creditorem recipere, licet oblata pecunia noua siue nūc currens sit in materia & bonitate intrinseca deterior priore, quæ tempore dispositionis currebat. Sed quod appellatione auri vel argenti nō venit aurea vel argentea moneta, non eam fieri videtur ob caussam, quod materia monetæ non attendatur, sed quia verisimile non est, legantem siue promittentem aurum vel argentum, de pecunia signata sensisse, vel eam comprahendere voluisse, quippe quæ non habetur eo fine, ut domi asseruetur, sicut aurum vel argentum reliquum siue factum, siue infectum, sed est eo destinata, vt expendatur, & assidua permutatione quodammodo extinguatur, *§. constituitur, inst. de vsufr.* Ac si maxime materia monetæ non attenderetur quo ad hoc, ut sub nomine materiæ moneta veniat, siue comprehensa in dubio intelligatur nō tamen propterea licebit inferre, etiam quoad alia, & inprimis quo ad solutionem vnius pecuniæ pro alia, non esse attendendam monetæ materiam, cum quisq; plus satis animaduertat, non valere consequentiam à dicto secundum quid ad dictum simpliciter, adeoq; diuersitatem inter casus esse longe maximam. Vt omittam, istam rationem coincidere cum prima, ac proinde responsionibus ijsdem dilui, quibus illa paulo ante fuit euersa. Septimò probari videtur à circumstantijs & æquitate facti; cum res ipsa ostendat, quam sit durum & inciuile, & in vniuersa rep. perniciosum, cum qui ad certam aliquam summam tenetur astrictus, non liberari eandem præstando, nisi soluerit in moneta intrinsecus æque bona, vel in moneta non æque bona, licet æquivalente idemq; nomen obtinente suppleat, quantum bonitati materiæ deesse dignoscitur. Etenim quotidie experimur, vnumquodq; ferme monetæ genus sensim cudi vilius, manente nihilominus eodem & nomine & valore, ita quidem, ut sæpenumero materia nouæ monetæ quoad puritatem vel pondus quinta vel sexta parte sit minor leuior, seu vilior, quam fuerit materia monetæ prioris: vt proinde quinta vel sexta parte plus soluere compellatur debitor, quam sit summa siue quantitas promissa, atq; ita debitor alioqui satis onere debiti grauatus vltra debitum obstringeretur, nec mediocre damnum incurreret, creditore interim cum eius jactura lucrante, cum tamen longe fuerit æquius, creditorem, cui de summa debita nihil decedit, quive monetam nouam tanti potest expendere, quanti priorem, quippe subsistente vtrinq; eodem valore impositio, teneri contentum esse moneta noua æquiualente, nec aliquid amplius in ea, vltra quantitatem debitam, quam contrahentes potissimum respexerunt, exigere posse: prout olim Romæ factum videtur, quantumvis tunc & repentina & maxima, & ve-

& verisimiliter non diu duratura bonitatis intrinsecæ diminutio, videlicet de asse ad sextantem & unciam, facta esset post maximas ab Annibale clades acceptas: & pluribus notat *Molin. d.q.100.n.756.& n.762.* Verum vt vt hæc & similia nonnihil vrgere videantur, tamen accuratius perpensa communi sententiæ nihil officiunt. Etsi namque facile demus, monetas quàm sæpissime cudi vilioris, non nisi interim & valore pristino remanere: non est tamen iniquum, debitorem vltra summam sive quantitatem soluere quoq; teneri, quod in moneta noua materiæ deesse deprehenditur, tum, quia sibimetipsi debitor eam necessitatem imposuit, quando nõ tantum ad certam summam sive quantitatem, sed etiam ad soluendum in certa monetæ specie sese firmiter astrinxit, vt proinde nõ sit ei succurrendum, *l. si fidejussor, §. si necessaria, ff. qui satisd. cog.* nec damnum, si quod inde sentit, creditori sit imputandum, *l. quod quis. ff. de reg. jur. c. damnum, d. t. in 6.* Tum, quia non sufficit in vno satisfieri, quoties in obligatione duo sunt, sed exigitur, vt in altero quoq; satisfiat, *l. Celsus, §. 1. ff. de recep. arb.* Ergo nec sufficiet soluere quantitatem, nisi soluatur in præfinita monetæ specie, vel eius æstimatione, non valori tantum, sed intrinsecæ quoq; bonitati congrua. Tum, quia si quantitatem sive summam obligatione comprehensam præstari sufficeret, frustratoria sineq; effectu foret obligatio ad certam monetæ speciem, quandoquidẽ summa siue quantitas debita non magis in vna, quam in altera specie monetæ solvi potest, cum tamen conventio sive dispositio quælibet accipienda sit cum effectu, *l. 1. §. hac autem, ff. quod quisq. jur.* & vt aliquid operetur, *l. si quan. o, ff. de leg. 1.* Tum, quia creditori plurimũ decederet, si non de summa, certe de materia sive bonitate ipsius, de qua tamen sibi non minus, quam de quantitate prospicere voluit, adeoq; prospexit, dum ad certam monetæ speciem astrinxit debitorem. Cumq; nihil amplius exigatur, quam vt vigore obligationis in vetere moneta soluatur, vel si non ipsa præstetur, in noua soluta suppleatur aut deducatur, quod veteri in obligationem deductæ quoad materiam sive bonitatem intrinsecam deesse vel superesse dignoscitur, eaq; ratione nec veteris nec nouæ monetæ valor mutetur, sed vtraq; in valore publice præstituto recipiatur, sane censeri perniciosum in repub. vix potest, quod & communi sententia receptum, & æquitati, nec non disponentis voluntati cum primis est consentaneum. Romæ vero licet in secundo bello Punico maxima monetæ diminutio facta sit in bonitate intrinseca, nondum tamen ostensum, creditores loco veteris monetæ in certa specie sibi debitæ coactos fuisse nouam recipere citra debitum supplementum, prout in rei veritate de jure cogi minime potuerunt ad recipiendum, si tale quid publica lege nominatim haud fuit sancitum: Ac si maxime oportuisset eos etiam recipere nouam monetam citra debitum supplementum, tamen inde ad propositum nostrum vix quicquam firmiter inferri posset: tum, quod illa monetæ diminutio plane fuit extraordinaria, proinde neutiquam ad consequentiam trahenda, *c. quæ à jure, vbi Dd. de reg. jur. in 6.* tum, quia propter extremam necessitatem, quæ non habet legem, inducta fuit, eoq; nec ad propositum nostrum, vbi nullatenus eiusmodi subest necessitas, producenda, *l. quæ propter, vbi Dd. ff. de reg. jur.* tum, quia sciebant, scireq; poterant, simul atq; summa, quæ suberat, necessitas rempub. vrgere desineret, illam monetæ diminutionem pro ea, qua Romani, tunc præsertim, juris & æquitatis obseruantia præ cœteris gentibus florebant, cum plena resartione damni, quod priuatis monetam deteriorem habentibus inde resultaret, protinus abrogatam iri, ac proinde sese futuros indemnes, cum tamen in hodiernis monetarum diminutionibus tale quid sperandum esse, tantum abit,

vt nihil æque metnendum, quam ne deinceps magis intrinsecus moneta diminuatur: Tum deniq; quod in maximo reipub. discrimine quisq; subditorum teneatur ex parte damnum sustineri publicum, quamq; publica calamitas infert, sui juris diminutionem patienter tolerare: at in proposito cũ discrimẽ eiusmodi subesse minime dignoscatur, tam juri, quam æquitati congruit, vt suum cuiq; jus quo ad exigendam sibi debitam monetã remaneat integrum & illibatum. Octavo, quia diminutio materiæ in noua publica moneta retento veteri cursu & valore extrinseco, est verum & effectuale augmentum extrinsecum ipsiꝰ materiæ: quanto enim minuitur materia seruato valore, tanto necessariò augetur valor materiæ: Ergo si creditor velit sibi suppleri materię defectũ, vt habeat tantum materiæ, quantum inerat tempore contractus, debebit ei vicissim deduci valoris augmentum, vt in effectu non maiorem summam sit habiturus in moneta noua soluta, quam quanta fuit ipsi debita in moneta veteri meliore: *Ita Molin. d. q. 100. n. 808. dicens, hanc esse clarissimam demonstrationem.* Verum negari potest antecedens, quippe cuius contrarium frequenter experimur pręsertim in Germania, vbi non raro ab his, quibus est cudendi potestas, nunc in hoc, mox in illo monetæ genere cuduntur in magna copia noui nummi viliores eodem cum prioribꝰ melioribus tam nomine quam valore, tantumq; abest propterea priorum adhuc in vsu remanentium valorem augeri, vt potius edictis publicis augmentum valoris inhibeatur, nec tamen eo minus nummi viliores semel inuecti in suo cursu valoreq; permanent. Vnde fatetur ipse *Molin. d. q. 100. nu. 817. & 819.* quod intrinseca augmentatio vel diminutio materiæ, stabili stante valore extrinseco, nec ipsius quidem materiæ pretium commoditatem & vsum adauget. Cumq; monetæ regulariter omnes ex auro vel argento constare debeant, ac proinde nisi mutentur omnes aut pleræq; pari proportione in bonitate intrinseca retẽto extrinseco valore, materiæ pretiũ seu valor mutari vix possit: tot vero passim, tamq; diuersæ etiam in vno eodemq; loco nedum in pluribus monetæ reperiantur, vt propterea sit valde rara nimisq; difficilis monetarum omnium aut plerarumq; mutatio, vnius autem & alterius augmentatio vel diminutio & facilis & frequentissima sit, opinor hinc esse manifestum, nec facile, nec frequẽter ex mutatione monetæ quo ad materiæ puritatem & pondus extrinseco valore pristino retento, protinus etiam augeri minuive materiæ valorẽ, sed in pristino statu potius remanere. Aliter & quidem eruditissime respondit huic rationi *Ant. Fab. de var. num. deb. solut. c. 4. vers. ex quib. & ad tertiam.* Nonò, quia de jure creditori certæ speciei monetæ, potest etiam in alia monetæ specie solutio fieri, *arg. l. Paulus, 99. ff. de solut.* Proinde vel hac de caussa vsu venit, vt cum in proposito tanti valeat nummus nouus, quanti vetus, debitor præstando totidem nummos nouos, quot pręstandi fuissent nummi veteres, omnimodo liberatus esse debeat. Sed euitari textus *d. l. Paulus,* facile potest. Pręterquam enim, quod argumentum a contrario sensu, quale trahitur ex d. c. semper ita, si validum esse debeat, formari oportet, ne sequatur absurditas aliqua, vel prauus intellectus, aut repugnãtia legum, *l. 2. C. de cond. insert. l. conuenticula, vbi gl. & Dd. C. de episc. & cleric. c. decet, de immun. eccl. in 6. Dd. in l. 1. ff. de officio eius cui mand. Euerh. in loc. à contr. sensu,* qualis in proposito resultaret, si à contrario sensu argumentum ex *d. l. Paulus,* ita duceretur, vt communi sententię tam juris textibus, quam rationibus confirmatæ penitus aduersaretur: cumprimis in argumento supponi oportet, creditori certæ speciei monetæ, passurum non esse damnũ ex solutione alterius monetæ, prout ex *d. l. Paulus,* patet. Superius autem fuit ostensum à communiter accidentibus, creditorem pari damnum, si monetam eiusdem valoris extrin-

extrinseci, sed materię levioris aut vilioris recipere teneatur citra supplementũ intrinseci valoris in noua deficientis. Vnde liquet argu. ex *d. l. Pau.* aduersus communem sententiam duci minime posse. Quin etsi Pau. respõso efficeretur, vt alia monetæ species etiam diuersæ materiæ, solui possit, quod generali consue. passim obtinuisse videtur, non tamen id quicquam posteriori sententiæ contra commun. patrocinaretur. Cum n. non minus in alia monetæ specie soluatur, quando species alia soluitur habita ratione bonitatis etiam intrinsecę in moneta debita, quod exigit sententia cõmunis: quam quando soluitur secundum extrinsecum solummodo debitæ monetæ valorem, quod arbitrantur sufficere sententiæ posterioris propugnatores, quodq; in argumento, perinde ac si citra controuertiam sufficeret, perperam præsupponitur: utiq; Pau. responsum; siue quod ex eo elicitur. & consu. licitum videtur, non magis huic, quam illi sententiæ suffragabitur.

Quæ cum ita sint, juri magis consẽtaneam arbitror sententiam commu. quę potest ampliari primo, procedere indistincte, non tantum quando ex contractu, verum etiam quando ex qualibet alia caussa nascitur obligatio: Non enim quoad propositam quæstionem, vllam vim esse faciendã in caussis, ex quib. moneta debetur, rectissime censuit *Mol. d. q. 100. in princip.*

Hinc igitur infertur ad statutum,
7 legem vel consuetudinem de certa monetæ specie disponentem: habẽda est enim ratio materiæ siue bonitatis intrinsecæ in moneta, quæ fuit eo tẽpore, non quo statutum, lex aut consuetudo inducebatur, licet hoc voluerit *Ias. in l. cum quid, lec. 1. n. 29. ff. si cert. petat. quem refert Gail. lib. 2. obs. 73. n. 5. & ita* communiter *teneri Corasius improuide dixerit lib. 3. mistell. c. 13. num. 9.* sed quo secundum illius dispositionem oblig. nascebatur, puta, si præcipiatur, pœnas pecuniarias, salaria vel quæpiã alia præstanda esse in certa monetæ specie; Quoties enim ob contrauentionem vel delictum quis incurrit pœnam, aut propter officium, quod gerit, vel eam, quam publice vel priuatim aliis præstat operam, in certa monetæ specie salarium ei debetur, aut pro frugibus aliisue rebus venditis vel acquisitis nomine census aut aliis de caussis à subditis magistratui quid est in certa moneta soluendum vel etiam de mercibus, quæ per territorium vehuntur, vectigalis nomine pendendum, præstanda est debita moneta in ea bonitate intrinseca, quæ fuit illo tempore, quo d assignatis de caussis aut similibus vigore præcedentis legis, consuetudinis aut statuti demum nascebatur obligatio, quantumuis alia bonitas monetæ fuerit tempore legis aut statuti conditi, vel consuetudinis inductæ, & rursus alia tempore solutionis obligationem, vt sæpissime fit, ex interuallo subsequentis: *Ita tenet post alios Curt. de monet. quæst. 5. nume. 19. dicens Dd. modernos sequi* communiter *hanc sententiam, pro qua plurimos allegat. Brunus de augm. monet. part. 12. n. 1. 2. 3.* communemque *dicit num. 6. & longe plures congessit Gabr. Roma. lib. 3. commun. concl. tit. de solut. concl. 5. numer. 1. Sensit idem Coras. d. c. 13. n. 9. VVurmser. pract. obseru. lib. 1. tit. de ver. sign. obseru. 11. Sebastian. Med. de monet. pag. 2. verb. moneta, Hier. Gab. cons. 164. n. 5. & per eum allegati.* Ac licet Gab. Rom. de tempore solutionis nominatim loquatur, prout etiam *Marti. Laud. tr. de monet. nu. 27. Sebast. Med. lo. rel. & alij nonnulli*, tamen id ab eis propterea saltem videtur expressum, quia sæpenumero vel cum oblig. tempore coincidit, vel subsequitur oblig. antequam alia monetæ debitæ mutatio fiat: quibus casibus cum res eodem redeat, nil refert, vtrum obligationis, an solutionis tempus dicamus esse spectandum: Neutiquam vero senserunt, etiam eo casu, quando post natam obl. ante solutionem monetæ debitæ mutatio in bonitate intrinseca fit, solutionis tẽpus esse attendendum, adeoq; tempori nascentis obligatio. præferendum:

Quod satis cōstat, cū ex receptissima Dd. sententia paulo ante commonstrata, cui citra rationem eos hoc in casu refragari voluisse, plane non est verisimile: tum etiam ex Interpretibus per eos adductis, clare profitentibus, omnino tempus obligationis esse spectandum, secundum quorum sententiam Laudens. & Gabr. assertio venit intelligenda, *per ea quæ trad. Bart. in l. non solum, §. si liberationis, ff. de libera. lega. Alex. cons. 45. nu. 3. vol. 6.* alioqui repugnarent ijs ipsis, quorum autoritate nituntur: nec alio sensu Laudensis doctrinam intellexerunt *Curt. & Brun. loc. præcit.* vbi Laud. inter alios pro sententia tempus obli-
8 gationis præferente citant. Quod † cum ita sese habeat, simul id consequitur, si ex ipsa legis aut statuti dispositione protinus alicui quæratur obligatio, eaq; ratione tempus obligationis & statuti siue legis conditæ concurrant, attendendum fore tali casu tempus statuti siue legis conditæ, quippe cum tempore obligationis coincidens: *Ita recte consuluit Panorm. con. 56. n. 2. vol. 2.* & ita intelligi oportere, sustinerIq; posse *Oldradi consil. 250. factum tale*, censuit *Brun. d. p. 12. n. 5. Gabr. Rom. d. concl. 5. n. 4.* idemq; juris, quando post natam obligationem, sed ante solutionis tempus lex siue statutum solutionem in certa monetæ specie fieri præcipiens superueniret, *secundum Anchar. in Clem. 2. de decim. quem ad hoc peculiariter allegat Gab. Rom. d. concl. 5. n. 3.* dummodo de præterito tempore, vel adhuc pendentibus negotiis cautum
9 sit, *l. leges, 7. C. de legib.* Similiter quando † statutum, lex vel consuetudo nō de obligatione soluendi in hac aut illa monetæ specie disposuit, sed alio quopiam fine meminit alicuius certæ monetæ, puta, si judici inferiori inhibeat, ne judicet in caussa trecentos aureos Rhenanos excedente, aut superiori, ne caussam appellationis, quæ sit infra quinquaginta aureos Rhenanos, admittat, inspicienda erit ea bonitas intrinseca monetæ, quæ tempore legis siue consuetudinis inductæ fuerit, *Bald. in l. illud, n. 18. C. de sacros. Eccles. & in l. ult. in pr. n. 7. ubi Cast. n. 3. C. commu. de lega. Idem Bald. in l. si tibi pecuniam, n. 3. ff. si cer. pet. Martin. Laud. de monet. num. 27. Curt. de monet. q. 5. num. 19. Brunus de aug. mon. part. 12. n. 7. VVurmser. d. t. de verb. signif. obser. 11. Gab. Roma. d. concl. 5. nu. 2. Joan. Aquila, de monet. p. 2. theore. 5. Natta cons. 156. n. 19. 30. 1.* Sed & tunc erit ad tempus conditæ legis aut inductæ consuetudinis omnino recurrendum, quando in ea nominatim determinata siue taxata fuit intrinseca nuncupatæ monetæ bonitas *secundum Bald. in l. quicunq;, n. 29. C. de seru. fugit. & in d. l. ult. n. 8. ubi Castr. n. 3. C. comm. de legat. Alb. Brun. d. p. 12. numer. 7. Joan. Aquil. d. pag. 2. theo. 4. versicul. infertur.* Secundo † inferri potest etiam ad con- 10
cessiones atq; beneficia à principe indulta, è quibus cum impetranti protinus obligatio siue jus acquiratur, merito fit, vt monetæ semel aut multoties in posterum percipiendæ bonitas intrinseca requiratur ea, quæ tempore impetrationis fuerit, dummodo princeps notitiam bonitatis eius habuerit, *Anton. de But. in c. quanto, ubi Panor. n. 14. de jurei. Ioan. Aquil. d. p. 2. theore. 4. Brunus de augm. mon. p. 11. ferme per tot. ubi hoc ipsum late declarat, & post eum Gab. Rom. d. t. de solut. concl. 7.* Infertur † tertio, quoties ex 11
sententia judicis aut arbitri nascitur demum obligatio ad certam monetæ speciem, prout in actione communi diuidundo aut familiæ herciscundæ, & sæpius aliàs euenit, attendi oportere quoad intrinsecam bonitatem sententiæ tempus, non autem id, quo postmodum fit executio vel solutio, prout late tradiderunt relati per *Gab. Roma. d. t. de solut. concl. 6. & vltra illos Sebast. Medic. de nonat. p. 2. verb. moneta, Ioan. Aq. d. p. 2. theore. 6.*

Ampl. 2. in † obligationibus ad 12
certam monetæ speciem, ex testamento aut alia vltima voluntate suā trahentibus originem: Quamvis enim ante mortē testatoris haud nascantur, *l. si post diem, l. heredit. ff. quando dies legat. ced. cum similib.* quia tamen dispoli-

dispositione testamentaria, simul atque per mortem testatoris & aditionẽ vel existentiã hæredis cõfirmata fuit, producuntur, ac testator ipse, cum disposuit, potius ad pręsentem, quam ad futuram pecuniæ bonitatem respectum habuisse censetur, *l. si ita legatum, ff. de auro & arg. lega.* fit, vt in eis tẽpus conditi testamenti siue vltimæ voluntatis quoad intrinsecam assignatæ monetæ bonitatem sit attendendum, *l. vxori, §. testamento, ff. de lega. 3. l. si ita, l. ult. in princ. ff. de auro & arg. lega. l. Aurelius, §. testamento, ff. de libera. lega. cum simil. allegatis per gl. in d. l. vlti. in princ. verb. testamentum, &* omnes *ita tenere testantur Marti. Laud. de monet. nu. 27. Alb. Brun. de augm. monet. par. 9. nu. 2. qui hoc ipsum late prosequitur, Carol. Moli. de vsur. q. 99. nu. 742. plurimosq. suo more recenset atq.* communem *perhibet Gabri. Rom. d. t. de solut. concl. 4. n. 1.* communem *quoq. dicunt Aurius Pinell. in l. 2. p. 1. rubricæ, c. 3. nu. 3. C. de rescin. vend. Em. Soar. in thes. recept. sentent. verb. moneta, nu. 204. & Ioan. Aquil. d. p. 2. theore. 2. Sequuntur post alios Coras. lib. 3. miscella. c. 13. nu. 9. Gaill. lib. 2. observ. 73. nu. 4. An. Fab. de var. num. deb. sol. c. 21. Sebast. Med. de nouat. p. 2. verb. moneta, Natta consil. 156. num. 16. & seqq. tom. 1. Men. & per eum relati cons. 49. n. 8. vol. 1. & cons. 138. n. 6. & 7. vol. 2.*

13 Ampl. 3. in † obligationibus de certa monetæ specie sub conditione vel in diem conceptis, aut annuis, in quibus tempus antecedentis conuentionis siue dispositionis quoad intrinsecam bonitatem spectandum, nõ autem dies solutioni destinatus, nec tẽpus existentis conditionis, *Iac. de Are. in l. quoties in diem, ff. de ver. obl. sensit Bar. in l. res in dotem, ff. de jure dot. & in l. cum quid, n. 17. & est de mente reliquor. Dd. ib. ff. si cert. peta. Bal. in add. ante pen. ad Spec. t. de obli. & solut. Aretin. cons. 11. Martin. Laudens. de monet. n. 25. Francisc. Cur. de monet. q. 3. nu. 13. Brun. de augm. monet. partic. 8. per tot. ample pertractans, Natt. cons. 302. n. 2. to. 2. & cons. 664. n. 1. to. 4. Gab. de Rom. d. t. de solut. conc. 1. n. 3. An. Fab. d. tr. c. 21. vers. tentari.* Probatur evidenter per text. *d. l. cum quid, ff. si cer. peta.* quo disponitur, mutuatam rem, qualem constat esse monetam, in eodem genere & bonitate intrinseca, qua fuit temporę contractus, reddi oportere, cum tamen mutuum non tantum sæpenumero conditionem recipiat, *l. omnia, cum. l. seq. ff. si cer. peta.* eaque intentione contrahatur, vt non nisi post exactum aliquod tempus restituatur, *l. 2. & ibi not. ff. si cer. peta. l. 1. §. re contrahitur, ff. de actio. & obliga.* verum etiam frequẽtissime certum solutioni tempus destinetur, *l. vinum, ff. si cert. peta.* Et clarius per tex. *d. l. res in dotem, ff. de jure dot.* vbi res pondere, numero, mensurave constantes, quibus procul dubio moneta continetur, in dotem datæ, cẽsentur ad certam vsq; conditionẽ datæ, nempe quandiu siue quo vsq; matrimonio durabit, vt eo finito restituantur, nihilominus disponitur, vt res ejusdem generis & qualitatis, hoc est, intrinsecæ bonitatis, qua cum in dotẽ darentur, constabant, reddantur. Accedit, quod nec dies nec conditio rem siue monetam in obligationem deductam vel eius intrinsecam bonitatem concernat siue respiciat, nec eius gratia adijciatur, sed eo tantum fine, vt conditione suspendatur, aut resoluatur in euentũ futurum obligatio, dieque solutio differatur, *§. in diem, & §. sub condit. inst. de verb. obl.* Non igitur quoad monetæ bonitatem intrinsecam dies solutioni destinatus aut tẽpus conditionis existentis erit spectandum, sicut quoad obligationem, quatenus ea tunc effectum sortitur, vel resoluitur, & solutionem, quatenus ea tum fieri debet, inspicitur. Nec est verisimile disponentem sive contrahentes etiam circa rem de futuro cogitasse, *Bru. d. tr. p. 9. n. 1.* vel pręsentem, certam, notamq; monetæ bonitatem intrinsecam posthabere, & futuram, incertam, sibiq; prorsus ignotã pręferre maluisse, *l. in lege, ff. de con. em. l. 2. §. 1. ff. de her. vel act. vend.* Huc faciunt, quæ de inspiciendo tẽpore cont. præ tempore conditionis congessit *Brun.*

Brun. d. p. 8. n. 3. 4. & 6. nec non Tiraq. de retr. consang. §. 1. gl. 10. num. 45. & 46. & de consideratione præsentis tēporis præ futuro *Men. cons. 49. n. 4. & 5. vol. 1.*

14 Ampl. 4. procedere, † siue datione pecuniæ interueniente producatur obligatio, vt in mutuo, dotis præstatione, & similibus, Siue citra pecuniæ dationem, vt in stipulationibus & aliis plurimis caussis: rationes enim superius adductæ vtrobiq; peræque procedunt, vt cuiuis eas intuenti liquet: Nec quid amplius antecedens pecuniæ datio solet operari, quam vt asstringat debitorem ad solvendum in eodem genere monetæ, dummodo id fuerit in obligationem deductum, etiamsi nominatim actum haud fuerit, ut nummi totidem generis & bonitatis eiusdem reddātur, *prout sensere Dd. in d. l. cum quid. Brun. de augme. mone. secunda præsuppositione, nu. 1. & 11. Curt. cons. 24. nu. 6. Menoch. cons. 49. n. 16. & 22. vol. 1.* cum è diuerso, quando pecuniæ datio minime interuenit, nisi nominatim de solutione certi generis nummorum caueatur, ad soluēdum in quopiam certo monetæ genere debitor haud teneatur, *Ang. in l. ult. C. de vet. numism. pot. li. 11. Brun. d. præsupp. 2. num. 11. Curt. d. cons. 24. n. 6. Men. d. cons. 49. n. 22.*

15 Ampl. 5. Etiamsi † quantitas pecuniæ siue summa fuerit expressa peculiariter, eiq; demum subiectum, in quo genere monetæ solui debeat, pura, si trecentæ libræ promittantur in centum aureis: Cum enim semper in dubio censeatur actum siue cogitatum de nummis obligationis tempore in vsu existentibus, *l. si ita legatum, ff. de aur. & arg. lega.* ac debitor ad duo sit asstrictus; vt & summam debitam soluat, & in tot aureis soluat, imo summa in obligationem deducta tot aureis æstimata fuerit eo ipso, quia fuit actum, vt pro illa tot aurei soluantur, *l. plerumq. cum seqq. ff. de jure dot. l. quoties, l. cum dotem, C. d. t.* æstimatio vero æstimatæ rei venditionem importet, *jur. rel.* qua præfecta nō quid venditum sit, quippe quod emtoris periculo deterius fit, sed quid quantūve pretij nomine debeatur, attendendum, *jur. præcit.* adeoq; rationes intrinsecæ bonitatis in pecunia rationē esse habendam euincentes, hîc etiam omnino sibi locum vendicent, vt ex earum consideratione cuiq; constat, vtique aureos oportebit eiusdem bonitatis intrinsecæ solui, qua fuerunt tempore dispositionis siue conventionis. aut suppleri debebit, vel deducere licebit, quod huic bonitati deesse vel superesse in nouis depræhenditur, licet idem sit horum, qui pristinorum valor extrinsecus, *Mart. Laud. de monet. numer. 29. ac post alios Brun. de augm. monet. lim. 8. nu. 6. vers. etsi ducatus, & nume. 7. Boer. decis. 327. nume. 11. vers. secus si Cravet. cons. 836. nu. 1. vol. 5. Anton. Fabe. de var. num. deb. solut. c. 8.* Secus est, quando nec tacite, nec expresse fuit actum, vt in nummis post quantitatis expressionem demum nuncupatis solutio fiat: tunc enim quia dicti nummi, nec in obligationem deducti sunt, nec magis in eis, quam in qualibet alia nummorū specie summam obligatione compręhensam solui necesse est, vtiq; non magis in illis, quam in his erit habenda ratio bonitatis intrinsecæ, qua fuerint tempore cōtractæ obligationis, *Anto. Fab. d. c. 8. vers. priore casu,* cum juris haud dubij sit, in eo, quod in obligatione non est, nec solui necesse est, etiamsi pro alio in obligationem deducto solui possit, non tamen esse considerandum siue attendendum præviæ dispositionis aut conuentionis; sed præsens solutionis tempus, *l. filiusfam. 114. §. si quid alieni, ff. de lega. 1. l. cum certum, l. Titiæ, 35. ff. de auro & arg. lega. Bart. in l. Paulus, 99. n. 12. ff. de solu. Aretin. cons. 11. n. 3. Curt. de monet. n. 27. Brun. de augment. monet. partic. 6. nu. 4. & lim. 8. maxime n. 4. Molin. de vsur. q. 99. maxime versic. & nemo dubitat. Men. cons. 606. nu. 24. vol. 1. Con. 1. vet. coll. numism. c. 7. §. unic. nu. 5. vers. decima conclusion.*

Ampli. 6. Etiamsi † monetæ species 16
omnes

omnes pari proportione vel augeantur, vel minuantur quoad intrinsecam bonitatem remanente pristino cuiusque speciei valore extrinseco: nam tunc quoque intrinsecæ bonitatis omnino rationem esse habendam, non modo luculenter euincunt fundamenta sententiæ cōmunis hic perq; quę militantia, sed & rationibus aliis ostendi liquido potest. Cum enim in proposito quanto minuitur materia in moneta seruato valore, tanto augeatur valor materiæ, & rursus quanto augetur materia in moneta retento monetę valore, tātō minuatur materiæ valor, consequens est, vt quanto plus materiæ nummis veterib. inest priore casu, tanto plus hodie valituri sint, rursus quanto minus inest materiæ nummis veteribus altero casu, tantò minus hodie valituri sint, ac proinde illic afficeretur iniuria creditor, cui minus materiæ solueretur, quam deberetur, hic debitor, qui plus materiæ, quam deberet, soluere cogeretur: idque vel eo magis, cum si veteres vtrobique nummi soluerentur, qui tempore obligationis erant, dubium non sit, quin creditor ex illis maiorem quam ex nouis æstimationem consequi posset, vel ab his ipsis, qui nouos minore puritate ponderéque constantes cudunt, qui tanto pluris eos æstiment oportet, quanto plures ex his noui confici possunt, vel ab extraneis negotiatoribus, qui tanti non æstimabunt nummos quo ad intrinsecam bonitatem diminutos, quanti eos qui plus habent puritatis aut ponderis: Similiter debitor non modo solutione veterum hodie minus valentium sese liberaret, verum etiam in aliis prouinciis, vbi nummorum bonitas intrinseca non æque fuit adaucta, nouos pluris, quam in territorio sui principis valeant, expendere potest. Præterea constat, quoties ipsa res, non eius æstimatio est in obligatione, non attendi, quanti ea tempore contractæ obligationis valuerit, *tex. not. in l. fundum, ff. de nouat.* At casu nostro certum est, nummos certi generis, & consequenter materiam, quæ pars eorum est potissima, ex qua cōstant, esse in obligatione, non autem eorundem vel materiæ æstimationem, licet ea de consuetudine pro nummis in obligationem deductis solui possit in alia monetæ specie, quando creditor damnum non est passurus: Quare non est curandum, nec attendendum, quanti tempore obligationis contractæ materia monetæ valuerit, proinde nec deducendum creditori, quanto plus materia nummorum hodie valet, nec à debitore supplendum, quanto minus hodie materia nummorum valere deprehenditur, *d. l. fundum.*

Ampliat. VII. etiamsi † post moram fuerit mutata bonitas intrinseca nummorum, nihilominus ea bonitas erit præstanda, quam tempore conuentionis siue depositionis habuerunt, *Anton. Fab. de var. num. debit. solut. c. 10.* Debitore namque moram committente, si bonitas intrinseca diminuta fuerit, vix quisquam dubitat, hoc decrementum creditori à mora supplendum esse, cum etsi non fuisset in mora, nihilominus id supplere teneretur. Sin aucta fuerit, omnino deductioni augmenti locus esse videtur: Siue enim obligationem spectes, eiusdem, non autem maioris bonitatis nummi ex ea debentur & in eam deducti sunt, *l. cum quid, ff. si cert. pet. l. res in dotem, ff. de iure dot.* Siue morā, nec illa quidem potest efficere, vt maioris bonitatis nummi debeantur, quoniam nummi maioris bonitatis, licet generis eiusdem sint, ab his tamen, qui obligatione continentur, præstarique debent, diuersi sunt, eoque nec deberi possunt ob moram: Non enim ob moram res melior aut pretiosior, quam fuerit ante moram, præstanda venit, aut eius æstimatio, nisi tempore moræ durantis prius ex obligati- 17

obligatione res tantæ bonitatis vel tanti valoris debita fuerit, quandoquidem statum obligationis mora non mutat, sed perpetuat, & moratoris conditionem non tam circa rem principaliter debitam, quam circa accessiones deteriorem reddit, *l. si ex legati, l. si seruum, §. sequitur, ff. de verb. obl. l. si steril s, §. cum per venatorem, ff. de act. emt.* Deinde licet in debito speciei peculiariter ita comparatum sit, vt citra deductionem augmenti præstanda sit, siue ante, siue post moram debitoris melior facta sit, non tamen hoc euenit alia de caussa, quam quia partes de illa ipsa re, non de alia generis & bonitatis eiusdem, nedum diuersæ præstanda senserunt atq; contraxerunt: & consequenter etiam superveniens augmentum bonitatis eidem deinceps vt subiecto inhærens, ad stipulatorem vna cum re transire voluerunt; hæc autem ratio cum esset in debito nummorum, augmentum bonitatis post moram nummis generis eiusdem superueniens, ad creditorem pertinere nequit. Præterea cum frustrator, quando res aliæ functionem in genere suo recipientes mutuo datæ vel promissæ sunt, non nisi ad res eiusdem generis & bonitatis præstandas teneatur, etiamsi tempore solutionis res eiusdem generis pleræq; sint meliores, nec ratio sit, quæ diuersum in debito nummorū suadeat, idem in nummis etiam obtineat oportet, vel eo magis, cum vix ambigendum sit, quin si nummi veteres adhuc in vsu sint, creditor eos a moratore sine oblatione augmenti, quo noui eis præstant, accipere teneatur, siquidem solutione eius quod debetur, cōtingit liberatio, *tex. in pr. insti. quib. mod. toll. oblig.* Sic e diuerso quando bonitas nūmorum intrinseca diminuitur, postquā per creditorem stetit, quo minus acciperet, debitor soluendo in nouis nihilominus tenetur supplere decremētum bonitatis, cum nummi bonitatis eiusdem præstari debeant vigore obligationis, a quibus nummi bonitatis minoris, licet eiusdem generis, sunt diuersi, proinde nec mora creditoris efficere potest, vt præstatione nummorum bonitatis non eiusdem, sed minoris, absq; suppletione decrementi debitor liberetur. Nec vero alia de caussa in debito speciei receptū, vt periculo creditoris, per quem stetit, quo minus acciperet, ea deterior fiat, quam quia duntaxat ea, no quævis alia generis & bonitatis eiusdem obligatione cōtinetur, eoq; talis, qualis absq; culpa debitoris in mora non existentis tempore solutionis est, præstanda venit: hæc autem caussa cum in nummis certi generis per modum speciei minime debitis cesset, certe debitor nummos nouos eiusdem quidē generis, at minoris bonitatis, post creditoris moram soluens liberari no potest, nisi suppleat, quod bonitati pristinæ deesse dignoscitur. Cumque mora cœteris in rebus functionem in genere suo recipientibus haud officiat, vt debitori liceat res minoris bonitatis intrinsecæ soluere, vtiq; nec nūmos deteriores absq; decrimenti suppletione creditor licet in mora constitutus accipere tenebitur. Adde quod debitor augmentum bonitatis nummis eiusdem generis post moram suā superueniens deducere potest: quare par est, vt vicissim creditori decrementum bonitatis in nummis eiusdē generis post moram suam eueniens resarciatur, quoniam idipsum vel maxime requirit æqualitas inter creditorem & debitorem omnimodo seruanda, *l. Iulianus, §. si quis colludente, ff. de actio. emt. l. si cum dies, §. sed si in aliquem, ff. de recep. arb.* Sin autem post moram creditoris aucta nummorum bonitas fuerit, per sese manifestū est, augmētum illud á debitore deduci posse, cū etsi creditor moram haud ullam commisisset, illud deducere posset, *per prædicta.*

18 Limitanda † vero conclusio principalis antea cōfirmata primó, quando remanente materia in eadem puritate, magnitudine, pondere, sola forma siue character immutatur: Formæ namq; diuersitas non attenditur,

qua

qua nihil obstante nummus nouus veteri prorsus æquiualet, eoq; eodẽ nouis, quo veteribus nummis obligationi satisfieri dignoscitur, *ita sensere Dd. in l. Paulus, 99. ff. de solut. Socin. in l. cum quid, vbi Dec. in repet. nu. 50. Cagnol. n.92. Bolognet. n.73. ff. si cert. pet. Martin. Laud. de monet. nu. 10. Curt. nu. 3. Brunus d. tr. parte. 1. nu. 8. vbi sub finem ait, nullum de hoc esse dubium, & limit. 2. nu. 4. Couar. in tr. vet. colla. numism. c. 7. §. vn. n.1. vers. secunda concl. dicens Bartol. & omnes hoc probare, per text. d. l. Paulus, quem intelligendum esse secundum hanc conclusionem asserit idem Couarr. loc. rel.* Adde pro confirmatione potest: quod nihil vetatius, quam vt idem monetæ genus nummos diuersis quidem formis percussos, verũ puritate pondereq; materiæ, nec non appellatione valoreq; extrinseco per omnia congruentes ambitu suo contineat. Quod si multiplex characteris diuersitas ante contractam obligationem plane nihil officiat, quo minus nummi excepta figuræ discrepantia per omnia congruentes, eiusdem generis & bonitatis monetæ statuantur, certe nec si qua post obligationem contractam figuræ diuersitas interueniat, efficiet, vt nummi posteriores a prioribus non nisi charactere solo differentes, alterius plane speciei siue generis & bonitatis censeri debeant. Rursus quoniam intrinseca bonitas & intra rei qualitas, propter quam pluris illa minorisve solet æstimari, *l. Titius, in fi. de actio. emt. l. forte, cum l. seq. l. in fundo, ff. de rei vend. cum sim. D Iuna. l. cum quid,* & diuersi nummorum alioqui plane congruentium characteres nihil minus efficiunt, quam vt nummi propterea pluris aut minoris æstimari queant, vtiq; nec ij poterunt esse de intrinseca bonitate nummorum, & vi consequentis characterum diuersitas non erit attendenda. Accedit, quod intrinseca monetæ bonitas est penes materiam & ipsius pretium, vt asserit præ cæteris *Brunus de augmen. monet. in princ. n.16.* & in metalli puritate pondereq; consistit, *Carol. Molin. de vsur. q. 92. nu. 696. & n. 703. Couarr. d. tr. vet. colla. numism. c.7. n.6. in fi.* vsq; adeo, vt in probitate materiæ versetur tota συμμετρία & ratio seu definitio bonitatis materiæ *secundum Molin. d. q. 100. n. 777.* Deniq; character monetæ nihil aliud est, quam testificatio quædam veritatis & justitiæ ipsius monetæ, quod scilicet veræ substantiæ, debitæ puritatis, justiq; sit ponderis, *vt post Guil. Orem in tr. de monet. asseruit Gabriel Biel 4. sententiar. dist. 15. q. 9. quem refert & sequitur Carol. Molin. d. q. 100. num. 793. idemq; pluribus tradit Anton. Fab. de var. num. debit. solut. c. 1.* Atqui non minus ea figura, quæ post contractam obligationem nummis autoritate publica, qua peræque nititur, fuit impressa, testificatur de vera materiæ substantia, puritate, justoq; pondere, quam characteres ante obligationem impressi: Quare cum in reliquis minime discrepent nummi recentiores à prioribus, nil mirum, characterum diuersitatem non esse attendendam. Quod igitur *Bart. in l. cum quid, n.17. ff. si cert. pet. & in d. l. Paulus, n.6.* eumq; secuti quam plures tradiderunt, mutatione in forma monetæ post obligationem contractam incidente, soluendum esse de antiqua, si reperiri potest, vel ad eius æstimationem, si reperiri nequeat, neutiquam intellexerunt de solius formæ, propter quam moneta nec melior, nec deterior fit, mutatione, id quod satis apparet, cum ex eo, quia supponunt, eandem non esse æstimationem antiquæ nouæq; monetæ, dum contendunt, nouam esse soluendam ad æstimationem antiquæ: constat enim æstimationem, siue intrinsecam intelligas, siue extrinsecam, à forma plane diuersam esse, *l. 1. ff. de contr. emt.* tum etiam, quia Bart. idipsum satis innuit, quando vtrobiq; nominatim loquitur ea de mutatione formę, qua simul etiam contingit aliqua mutatio in bonitate intrinseca: quod perperam adjecisset, si formæ solius mutationem esse ipsam bonitatis intrinsecæ mutationem, vel cum ea necessario perpe-

tuoq; coniunctam censuisset: Sed potius de tali sensisse videntur, cum qua concurrit aliqua ponderis mutatio, remanente nihilominus extrinseco valore, prout annotauit *Sotin. in d. l. cum quid, vbi Cagnol. n. 92.* Namq; cum probitati siue puritati materiæ nec additum, nec detractum quid reperitur in moneta noua, procul dubio eadem est illius, quæ veteris materia & æque bona, quantumuis vna minoris, altera maioris ponderis existat, eoq; maiorem hæc, minorem illa materiam complectatur: maius enim, minusq; mediocritate saltem, non genere inuicem differunt, *l. vlt. ff. de fundo instru. cum simil.* Quo fit, vt in iure monetæ pondus quandoq; distinguatur ab eiusdem probitate siue bonitate, *vt in l. 1. C. de veter. num. potes. l. bati. extraneg. vas electionis, §. porro Turonensis, de censib.* quatenus scilicet bonitas intrinseca strictè sumitur pro qualitate siue puritate materiæ, quã monetales intrinsecam bonitatem interiorem nuncupant, atq; secernitur à quantitate materiæ siue pondere, quod intrinsecam bonitatem exteriorem ijdẽ vocant, vt testatur & egregie declarat *Car. Moli. d. q. 100. n. 777.* Extra namq; strictam huiusmodi significationem, quantitas etiam siue pondus materiæ sub intrinseca bonitate materiæ citra controuersiam continetur: quandoquidem moneta iusto pondere destituta, vtcunq; sit autoritate publica subnixa, tanti tamen haud valet in materia, quanti moneta iusti ponderis, vt proinde quo magis a iusto pondere moneta, quantumuis interueniente publico decreto declinet, eo deterior fiat, *c. quanto, de iureiur.*

29 Limit. II. Ita demum procedere, quando mutatio in monetę specie debita interuenit post obligationem contractam: secus quando vltimam voluntatem vel contractum antecessit: tunc enim siue moneta vetus in vsu esse desierit, planum est, eam in obligationem nõ posse deductam esse, *l. eleganter, § qui reprobos, & ibi not. ff. de pignor. act. l. creditor ff. de solut. & simil.* Siue pariter cum noua moneta remanserit in viridi obseruantia, certe non magis vetus, quam noua, quæ tunc etiam existebat, vigebatq;, in obligationem deducta videbitur, ac proinde citra respectum bonitatis in materia, tam de noua, quam de veteri solui poterit, prout etiam sensere *Dd. in d. l. cum quid, ff. si cer. pet. & in d. l. Paulus, ff. de solut. & locis alijs sup. relat.* tum, quia cessant hoc casu fundamenta, quibus receptissima sententia de spectanda intrinseca monetæ bonitate paulo ante defensa fuit, nec tantum cessant, sed pleraq; ferme ad euincendum siue ostendendum quoq; contrarium in hoc casu omnimodo vsurpari possunt. Tum, quod vtraq; tunc temporis quoque non charactere tantum, & extrinseco valore conueniat, sed vnius etiam eiusdemq; speciei monetæ appellatione contineatur: quo fit, vt quisquis ex eo tempore, quo noua currere cœpit, ad soluendum in illa monetæ specie astringitur, non magis ad veterem, quam ad nouam astrictus censeri queat, tamque soluendo nouam, quam si veterem præstitisset, non attenta bonitatis intrinsecæ diuersitate liberetur. Tum, quia si disponens vel contrahentes in veteri solummodo moneta solutionem fieri voluissent, neutiquam vsuri fuissent ea appellatione, qua noua peræque continebatur atque denotabatur, sed omnino dispositionem suam restrinxissent, & ita concepissent, vt veterem monetam in obligatione versari solam inde appareret, *l. certum, ff. si cer pet.* Hoc vero quia fuit ab eis prætermissum, certe non erit exclusa moneta noua, *l. 1. §. generaliter, ff. de lega. præst. cum simil.* sed in potestate debitoris erit, vt tum veteris, a vero nouæ pecuniæ solutione sese liberare velit, *l. qui concubinam, § cum ita, ff. de lega. 3. & simil.* Tum, quia cum sub eodem nomine, valoreq; extrinseco vtraq; tempore conuentionis, in vsu fuerit, fit vt in ijs etiam obligationibus, quæ pecuniæ datione contrahuntur, plerumq; minime constet,

in ve-

in vetere moneta sola numerationem fuisse factam: vt proinde vel hac de caussa debitor vrgeri tunc nequeat ad soluendum in sola vetere moneta. Illud sane non inficiamur, si constaret, tempore nascentis obligationis veterem monetam meliorem solummodo fuisse datam, fore solutionem vicissim in vetere sola faciendam, vel bonitatis eius intrinsecæ omnino rationem habendam, quandoquidem noua vtcunq; tempore obligationis in vsu fuerit, non est eiusdem cum vetere qualitatis siue bonitatis intrinsecæ: oportet autem in eadem bonitate reddere, qua datum esse constat, *d. l. cum quid, l. res in dotem, ff. de jure dot. l. 1. §. 1. ff. de oblig. & act.*

20 Limit. III. quando pecuniæ summa non in certa monetæ specie, sed in genere debetur, vel non apparet, in qua monetæ specie pecunia, cuius interuentu fuit obligatio contracta, fuerit pręstita: tunc enim citra respectũ bonitatis intrinsecæ, qualibet in moneta, quæ tempore solutionis est in vsu, solui potest, *Ang. in l. vlt. C. de vet. num. potest. lib. 11. Castr. in d. l. Paulus, n. 3. Socin. Senior cons. 6. n. 4. vers. & hoc facil. lib. 1. Curt. Iun. consil. 24. n. 6. vers. accedit ad confirmationem, Menoch. cons. 49. n. 14. vers. secundo vel ex eo, & num. 22. vol. 1. & sensisse videtur Albert. Brun. de augmen. monet. præsuppositione 2. n. 11. Hier. Gabrie. cons. 164. n. 5.* Nec enim tunc in obligatione quicquam amplius versari videtur, quã debita pecuniæ summa: eam vero non minus vna, quam quælibet alia monetæ species, cuiuscunq; bonitatis existat, dummodo legitima sit, constituere potis est, *l. quæ extrinsecus, ff. de ver. obli.* ac proinde quacunq; in moneta proba soluitur dicta summa, procul dubio tollitur obligatio, *§. 1. inst. quib. mo. tolli. oblig.* Deinde quoties ad speciem restricta non est obligatio, sed generaliter quidpiam debetur, electio debitoris est, quam generis illius speciem soluere malit, *§. præterea si quis, inst. de action. c. vn. de plus petit. vtrobiq; Dd.* Potest enim, si velit, exiguiorem dando liberari, secundum planum in *l. nummis, 75. & ibi not. per Dd. ff. de lega. 3.* Quæ tamen electio penitus interuerteretur ipsi, si creditoris ad nutũ soluere cogeretur monetam certæ bonitatis intrinsecæ, vel ad eius ęstimationem etiam intrinsecam. Pręterea bonitas intrinseca, cum sit in singulis ferme nummorũ speciebus plane diuersa, non magis æstimari potest in genere, quam ipsa moneta, quæ propterea nequit in genere promitti, nisi determinata certaq; summa siue quantitas apposita fuerit, *l. vbi autem non apparet, ff. de verb. oblig.* Quicquid autem æstimari non potest, eius nec æstimationem vllam exigi posse, nemo non intelligit, *l. si seruum, §. si modus, ff. de action. emt.* Deniq; cum non certa quæpiam species monetæ, sed summa debeatur, in quam mutatio quo ad intrinsecam vel extrinsecam bonitatem cadere nulla potest, certe si maxime vna pluresve monetæ species post contractam obligationem mutentur, frustra contenderetur esse rationem habendã eius mutationis, quippe quæ in re debita, hoc est, summa siue quantitate à mutatis monetæ speciebus multum differente, locum habere nullũ potuit, prout recte post Curt. Iun. considerauit *Menoc. lo. rel.*
Ac † licet *Angel. in d. l. vlt.* hanc senten- 21
tiam putet esse restringendam per *d. l. Paulus*, vt si creditor damnum sit passurus oblatam recipiendo monetæ speciem, exigere solutionem in alia possit: verius tamen est, damnum à creditore hac in parte nec juste prætendi, nec esse in consideratione posse, cum *d. l. Paulus*, in eo demum casu loquatur, quando certa monetæ species est in obligatione, quia Paulus ait, creditorẽ non esse cogendum nummos in aliam formam recipere, ac proinde necessario pręsupponit, in obligatione nummos certę speciei seu formæ, respectu cuius omnes reliqui nummi alterius speciei siue aliam formam habere perhibeantur: *Ita recte Angeli restrictionem refellit Albert. Brunus loc. rel. idemq; tenet Carol. Molin. de vsur. q. 99. n. 748. sub fin.* Aliter † ean- 22
dem

dem limitationem restringit *Castr. in d. l. Paulus, n. 3.* vbi censet, debitorem non quidem optimam teneri soluere tali casu monetam, nec tamen soluere posse vilissimam, sed mediocrem, *l. legato generaliter, ff. de lega. 1.* Quod hactenus videtur admittendum, si supperant alicunde conjecturæ, puta, ex qualitate rei, personarum, consuetudine regionis, &c. quibus aliquanto verisimilius efficiatur, disponentem sive contrahentes de mediocri potius, quam de viliore moneta sensisse, *l. semper in stipulationib. vbi Bart. & Dd. ff. de reg. jur. c. inspicimus, vbi Dyn. & reliqui, d. t. in 6. Dyn. in c. in obscuris, n. 3. d. t. Brun. d. præsupp. 2. n. 12. Martin. Laud. de monet. num. 30. vers. quando fit promissio.* Alioquisi non appareat, quod est verisimilius, eligi poterit à debitore moneta etiam vilissima, cum in summis sive quantitatibus ad certam speciem non restrictis, non de mediocri, sed minima potius censeatur actum sive cogitatum, *tex. in terminis in l. nummis, vbi Dd. ff. de legat. 3. Dyn. in d. c. in obscuris, nu. 8. Afflic. in c. vn. verb. monetæ, n. 22. quæ sint regal. Sequitur ipse Castr. in d. l. legato generaliter, nu. 5. ff. de legat. 1. Mart. Laud. loc. præcit. Brun. loco rel.*
23 *Molin. d. q. 99. n. 746.* Id † tamen hac in parte simul obseruandum: si nomen, quod in designanda pecuniæ quantitate sive summa disponens aut contrahentes vsurparunt, alium tempore dispositionis aut contractus valorem denotauerit, & alium tempore solutionis, erit eo de valore accipiendum, quem denotabat tempore dispositionis sive conuentionis, puta, si quis alicui centum florenos promiserit, quorum nulla quidem sit certa species, singuli tamen secundum vsitatam alicubi significationem, in genere cuiuscunq; monetæ, non huius aut illius, designent eum valorem, quem duodecim quoque solidi sive grossi constituunt. Finge prius, quam solueretur, cœpisse significare valorem sive quantitatem, quam eorundem solidorum duodecim cum dimidio conficiunt: Poterit quidem pro libitu debitor in qualibet monetæ specie soluere, & quidem in eo valore, cum intrinseco tum extrinseco, quem oblata monetæ species tempore solutionis obtinet, verum non erit attendenda posterior floreni significatio, quæ tempore solutionis est vsu recepta, sed prior, quæ tempore dispositionis vigebat, vt secundū hanc, non secundum illam in oblata monetæ specie soluendum sit, ac proinde pro quolibet floreno tantum in moneta soluendum, quantum 12. solidi valent, non autem quantum 12. solidi cum dimidio, *Oldrad. consil. 31. in fin. quidam condens, Socin. consil. 6. li. 1. Joan. Bolognet. in d. l. cum quid. n. 74. qui testatur esse* communem *sententiam. Carol. Molin. de vsur. q. 99. n. 744. Anton. Fab. de var. num. deb. solut. c. 21. vers. illud etiam obseruandum.* Verba namq; sunt in eo sensu & significatione accipienda, in qua disponentem sive contrahentes illa constat accepisse, *l. juris gentium, §. verum, ff. de pact. l. Labeo, §. sed de his, ff. de supell. lega. cum simil.* Non est autem dubium, quin nomen ad exprimendam pecuniæ quantitatem vsurpatum, fuerit à disponente vel contrahentib9 in ea significatione, quam tunc habebat, acceptum. Nec vero cogitare, nedū scire potuerunt, futurum fore, vt nomen illud aliquanto post maius quiddam aut minus in pecunia significet, quam antea significauerit: Atqui regulariter ad incogitata & incognita non est trahenda dispositio, *l. cum Aquiliana, ff. de transac. vbi Dd. Matth. de Afflic. decis. 403. n. 4.* cum præsertim vnumquodq; censeatur in obligationē deductū, quatenus tunc fuit, quando nascebatur obligatio, *l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend. l. 3. §. diui, ff. de jure fisci, l. in lege, ff. de contrah. emt. l. sed quæ loca, ff. de seruit. rust.* & verba dispositionis ad tempus ipsius referenda sunt, *l. Rutilia, vbi Bart. & Dd. ff. de contr. emt.* Et ita sustineri potest opinio Bruni *d. tr. partic. 6.* simpliciter asserentis, attendendum esse tempus obligationis, etiamsi moneta in genere debeatur: Nam si generaliter & indistincte

censuit

censuit hoc esse spectandum, procul dubio perperam statuit, cum non modo nulla ratione id probet, nec Dd. ab eo allegati in eo casu, quo pecunia in genere debetur, loquantur, verum etiam rationibus pro confirmatione limitationis adductis aperte refellatur, adeoq; his, quæ post Angelum tradiderat antea *præsupp. 2. n. 11.* refragari videatur.

24 Limit. IV. Si statuto, consuetudine vel constitutione principis peculiariter inductũ foret, vt moneta noua sive melior illa sit, sive deterior, pro vetere citra vllum bonitatis intrinsecæ respectũ soluatur etiam his, quibus ante incidentem monetę mutationem obligatio fuit acquisita: talem namq; principis aut populi sive ciuitatis dispositionem valere, censuerunt *Ioan. And. in add. ad Specul. t. de solut. §. nunc aliqua, in fin. Alberic. de Ros. in l. cum quid, circa fin. ff. si cert. pet. Albertus Brun. de augment. mone. lim. 3. & 6. & 9. Gab. Rom. ac per eum relati d. t. de solut. concl. 1. nu. 39.* idq; primùm ea ratione, quia juris è civilis dispositione potissimum dependet, vt in obligatione certæ speciei monetæ sit habenda ratio bonitatis intrinsecæ, quæ tempore obligationis contractæ fuerit, prout antea pluribus fundamentis ex vtroq; jure depromtis ostensum. Quicquid autem juris est ciuilis, id mutari tollive potest, vel tacito populi consensu, vel alia lege postea lata, *§. sed naturalia, inst. de jure nat. gen. & civ. cum simil.* præsertim à principe, qui ea, quæ sunt juris ciuilis, tollit facillime, *Bald. in l. fin. C. senten. rescin. non posse, Castr. in l. cum heres, ff. de acquir. hered. Dd. in c. quæ in ecclesiar. de constit. Afflic. decis. 128. nu. 11.* Deinde, quia non modo rationi juris naturalis, bonisq; moribus minime repugnat istiusmodi dispositio, verumetiam justa de caussa inducitur, vt scilicet valor monetæ nouæ tanto fortius obseruetur, & eo magis in vsu moneta noua æquipolleat veteri, cui surrogata fuit & adæquata: Talem vero legem vel consuetudinẽ, etiamsi minuat jus alicui quæsitum, valere constat ex *l. 2. C. de precib. Imper. offer. l. bene à Zenone, C. de quadrien. præscr. l. 1. C. quæ sit longa consuet. c. vlt. de consuet. vbiq; Dd. & locis consimilib.* cum sit communi calculo comprobatum, ex justa caussa principem jus alicui quæsitum tollere vel minuere posse, *Dd. in c. quæ in Ecclesiar. de constit. & relati per Gail. lib. 2. obseru. 56. n. 1. & Gab. Roman. lib. 3. t. de jure quæsito non toll. concl. 2. num. 1.* Tertiò, quia principi populoque ferme citra controuersiam licet, quod est longe plus, adeoq; maximi momenti, vt scilicet possit monetæ meliorem maioremve, aut viliorem minoremve materiam pręstituere, seruato nihilominus extrinseco valore, vel etiam retenta eadem materia eiusq; pristina bonitate, valorem monetæ augere vel minuere, prout patet ex traditis *per Couarr. & Dd. ab eodem allegatos in tr. vet. collat. numism. c. 7. n. 5. & 6. Gab. Rom. d. t. de solut. concl. 2. in princ. Ant. Fab. de var. num. debit. solut. c. 1.* Multo magis igitur præcipere sive statuere poterit, vt mutatæ bonitatis intrinsecæ in moneta ratio non habeatur, quantumvis obligationes ante mutationẽ cõtractæ fuerint, *arg. c. cui licet, vbi Dd. de reg. jur. in 6. & l. in eo quod plus, ff. de reg. jur.* quippe quod est longe minus, & prǽjudicij leuioris, cum pręsertim tendat solummodo ad maiorẽ eius, quod in moneta mutatum fuit, obseruantiam. Quartò: Necesse est, constitutionẽ sive consuetudinẽ, de qua loquimur, vel ante, quam nascerentur obligationes monetæ mutationem præcedentes, inductã fuisse, vel postea quam illæ fuerunt natæ: Priore casu, tantũ abest, eam aduersari voluntati testatoris sive contrahentiũ, vt potius ipsi pręsumantur cõstitutioni siue consuetudini iam tunc existenti suas obligationes conformasse & accommodasse, illudq; voluisse, quod jus ipsum vult, *l. sed nisi hoc, ibi gl. ff. de jure dot. l. si duo, ff. de acquir. hered. Bart. & Dd. in l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad SCtum Trebel. Cravet. consil. 33. nu. 18. & consil. 186. n. 9. lib. 1.* Posteriore casu, cõstitutioni sive consuetudini supervenienti etiamnum

stetur oportet, quatenus in ea de anterioribus etiam obligationibus nondum solutione sublatis, sed adhuc pendentibus cautum vel vsu receptum reperitur, cum leges etiam præteritis & pendentibus negotijs dare formã consueuerint, quoties idipsum legibus nominatim prouisum fuit, *l. leges, vbi Dd. C. de legib. c. vlt. de constit.* & in jure quæsito ex contractu vel aliter de jure gentium possit alicui per statutum vel constitutionem generalem præjudicari, *l. venditor, §. si constat, ff. commun. prædior. l. Antiochiensium, ff. de priuil. credit. vtrobiq; Bartol. l. Lucius, 31. §. vlt. ff. ad municip. Bartol. in l. toties, ff. de pollicit. & in l. fin. n. 2. ibi cæteri Dd. C. si contra jus vel vtilit. public. Bald. in l. quicunq; C. de seruis fugit. Felin. in c. cum omnes, n. 4. & 5. de constit. Schrad. de feud. p. 10. sec. 6. n. 228.* Deniq; tanto minus isthac de limitatione ambigendum erit, cum ex interpretibus præsertim recentioribus nonnulli sint, qui censeant, ne quidem jure communi bonitatis intrinsecæ, quando non est eadem in moneta noua, quæ fuit in vetere, haberi oportere: quorum sententiam etsi antea reprobauerimus, quia contrarium juri magis esse consentaneum videtur, tamen ex fundamentis, quibus illa nititur, satis apparet, nihil obstare, quominus ea tunc valeat, & firmiter obtineat, quando accedit sive superuenit manifesta populi vel principis eam alicubi approbantis voluntas sive dispositio, prout in proposito vsu venit.

25 Quo † loco tamen simul aduertendum, ita demum limitationi locum esse, quando statuto vel constitutione fuit aperte cautum, aut consuetudine peculiariter inductum, vt moneta noua citra vllum bonitatis intrinsecæ respectum pro vetere soluatur in obligationibus monetæ mutationem antecedentibus: Secus quando simpliciter populus aut princeps statuit, fieri solutiones debere de pecunia noua sive currenti sub tempus solutionis etiam in obligationibus ante incidentem monetæ mutationem contractis: tunc enim quia nihil amplius cauetur, quam vt soluatur pecunia noua sive currens tempore solutionis, quod fieri potest etiam quando bonitatis intrinsecæ ratio habetur, neutiquam per hoc censeri potest inhibitum esse, ne soluatur in moneta noua ad æstimationem veteris quoad bonitatem eius intrinsecam, *Oldrad. consil. 256. factum tale, Albert. Brun. d. lim. 6. sub fin. & plures alij relati per Gabr. Roman. d. s. de solut. concl. 1. num. 22.*

Limit. V. quando testator nominatim disposuit, aut peculiariter inter contrahentes actum fuit, vt soluatur moneta certæ speciei currens tempore solutionis non habita bonitatis intrinsecæ ratione: tunc enim sive aucta sit, sive diminuta bonitas intrinseca pecuniæ, nihilo plus minusve propterea consequetur creditor *Martin. Laud. de monet. q. 14. nu. 14. vers. prædicta vera. Anton. Fab. de verijs num. debit. solut in compendiosa totius tractationis repetitione, nu. 8.* quandoquidem placitum sive pactum prædictam obligationi adjectum valere, non tantum euincitur ex regula generali de seruandis tam testatorum dispositionibus, *l. 1. C. de sacros. Eccles. §. disponat, in auth. de nupt.* quam pactis conuentis, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecu.* verum etiam quia constat, ea saltem de caussa tempus dispositionis aut conuentionis inspici, quoniam partes id respexisse, suamq; obligationem eo retulisse in dubio censentur, *l. 2. §. in here ditate, ff. de hered. vel act. vend. l. si ita legatum, ff. de auro & arg. lega. cum simil.* cum e diuerso casu nostro manifesta sit partium voluntas ad tempus solutionis sese referentium, cui sine dubio standum, *jur. prac.* Adde quod propterea res in eadem bonitate, qua fuit, cum contraheretur, solvi debet, quia tacite idipsum intelligitur agi, licet nihil expresse cautum de eo reperiatur, *vt est tex. in d. l. cum quid, ff. si cert. pet.* At hic tale quid actum intelligi non potest, quandoquidem 26

plane

plane contrarium reperitur clare dispositum: quo fit, vt juribus in eadem bonitate solutionem fieri exigentibus locus in proposito nullus esse queat. Denique bonitas intrinseca monetæ, quoties attendenda venit, fauorē cum creditoris tū debitoris concernere videtur, ne vel ille monetam viliorem sine justa suppletione recipere, vel hinc meliorem citra vllā deductionem soluere teneatur: fauori vero, siue his, quę pro se principaliter introducta sunt, unumquemque renūciare tacita vel expressa dispositione siue conuentione posse notissimi juris est, *l. si quis in conscribendo, C. de pact.*

27 At † licet Ant. Fab. tale pactum saltē quo ad inhibendam decrementi bonitatis intrinsecæ suppletionem valore contendat, non autem, quoad impediendam augmenti deductionem, quia re non possit obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit, *l. si decem, ff. de pact. l. cum vltra, C. de non num. pecu.* tamen etiam augmenti respectu pactio sustineri posse videtur, quandoquidē censeri vix potest in plus cōtracta obligatio, cum, quia propter dubium & incertum compensari debet augmentum futurum cum decremento peręque vel magis metuendo, quoniam par debitoris & creditoris in vtrumque euentum ratio est, vt neuter lędi videatur, *l. si pater puellæ, C. de inoff. testa. l. de fideicommiss. C. de trans.* tum, quod inspecto initio non tam plus in effectu, quam minus in obligationem deductum videatur, cum frequentius euenire soleat, vt nummi quoad materiæ puritatem pondusque deteriores, quam meliores cudantur: tum, quia monetæ non ad mensuram aut pondus mutuo dari, sed ad numerum expendi solent, eoque numerus & summa potissimum in eis attenduntur: & ista pactione agi videtur, vt ad eundem numerū nummorum, eandēque summam solutio fiat. Verum

28 † vt proxime procedens, sic etiam hæc restrictio hactenus procedit, quando apparet auctum fuisse de ratione bonitatis intrinsecæ non habenda: Nam si cautum simpliciter esset, vt soluatur moneta certæ speciei currens tempore solutionis magis est, vt bonitas intrinseca, quæ tempore dispositionis atque conuentionis fuerit, tum quoque sit attentenda, secundum communem intellectum ad *Clem. si beneficiorum, de decim. prout attestatur ac præ cæteris tenet Brun. d. tract. lim. 8. nume. 11. quem refert Gab. Rom. d. concl. 1. nu. 23. & 24. idemque sensisse videntur relati per Gabriel. ibid. num. 22.*

Limit. 6. in † pecunia reprobata, circa quam etsi primo quidem intuitu statuendum videbatur, prout etiam teste *Baldo in l. cum quid, num. 7. ff. si cert. peta. & Afflicto in c. unic. verb. moneta, numer. 11. quæ sint regal.* quidam ex antiquioribus asseruerunt, ob reprobationem debiti generis nūmorum factam ante moram plane liberari debitorem illius, vt hęc ad residuam reprobatæ monetæ materiam vel materiæ æstimationem teneatur, *per l. mortuo boue, & ibi not. per Dd. ff. de lega. 2.* plerique tamen interpretum contra statuunt, & recte quidem, non liberari debitorem á nexu obligationis propter superuenientem reprobationem, *ut patet ex relatis per Alexandr. in l. quod te, num. 6. & 7. ff. si cert. peta. & ita* communiter *teneri ait Imol. in l. in ratione, §. diligenter, n. 4. ff. ad leg. Falcid. ac de* magis communi *testatur Ioan. Bologne. in l. cum quid, num. 71. ff. si cer. peta.* Sed inter hos ipsos quam maxime controuersum est, quid á debitore monetæ reprobatæ soluendum sit, anne sufficiat solui monetam reprobatam, siue quantum illa quoad residuam materiam valere dignoscitur, an vero tantum solui necesse sit, quanti moneta fuit ante reprobationem? Prius † illud amplectitur *Bart. in l. quod te, num. 7. ff. si cer. peta. & alij, quos in hanc sententiam allegat Alexan. ibid. n. 6. & 7. nec non Gab. Roman. d. tit. de solut. concl. 1. nu. 4. vers.* 29 30

contrarium, & ultra illos tenet etiam Alciat. in d. l. cum quid, ea verba, eadem bonitate, & ibid. Caga. n. 95. vbi nuncupat. receptiorem, *idem Cog. in l. quod te, n. 64. vbi Loriot. n. 5. ff. si cer. pet. Sebast. Medi. de fortuit. casib. p. 2. q. 10. n. 146. vers. decimo ampl.* Nixi potissimum subiectis rationibus: Primò, quod in hisce speciebus, quæ ad materiam suam reduci siue resolui possunt, ac per consequens etiam in pecunia, materia principaliter & potissimum in consideratione esse consueuerit, cui forma & id genus alia superuenientia cedunt, *l. quæsitum, §. illud fortaßis, ff. de lego. 3. l. adeo, §. est tamen, ff. de acquir. rer. domin.* Vnde cum propter superuenientem reprobationem debita moneta formam seu valorem impositicium, citra culpam debitoris, voluntate populi vel principis amiserit, materiam vero etiamnum saluam & illibatam retinuerit, certe materiam soluisse sufficere debebit ad liberandum debitorem: cum præsertim secundo bonitas intrinseca monetæ penes materiam consistat, videlicet in eius puritate & pondere, sicut aliquoties anno. atum: juris autem sit indubitati, liberari debitorem, si soluerit in eadem bonitate intrinseca, *d. l. cum quid, ubi Dd.* Quin tertio vel eo magis admittendū erit, debitorem solutione monetæ reprobatæ liberari, quia negari non potest, speciem siue subalterum illud genus monetæ debitum, quo ad impositicium valorem seu formam, citra debitoris culpam aut moram interiisse *l. creditor, ff. de solut.* Constat autem, debitorem de eo quod interiit ante moram, nullatenus teneri, sed interitu rei debitæ liberari, etiamsi nō species aliqua siue indiuiduum, sed genus, quod nostri vocant subalternum, in obligatione versetur, *l. in ratione, §. incerta, ubi Dd. ff. ad leg. Falcid. l. in naue Saupheij, ff. locat. Dd. in d. l. quod te, ubi* omnes *hoc sequi testatur Bolognet. nu. 48.* Præterea si debitor materiam residuam præstando minime liberaretur, sed in moneta noua soluere teneretur, quanti debita moneta fuit ante reprobationem, detrimentum circa rem debitam eueniens pertineret ad debitorem, cum tamen huiusmodi damnum non aliter ad ipsum pertinere possit vel debeat, quam si per eum steterit, factumue sit, quo minus daret, *d. l. quod te, & ibi not. per Dd.* Tandem argumentari licet ex allegata sæpius *l. Paulus, 99. ff. de solut.* qua dicitur, non esse cogendum creditorem in aliam formam nummos accipere, si damnum sit ex ea re passurus: Ergò nec debitor cogendus erit soluere nummos alterius formæ, cum propter vniformem vel eandem vtriusq; relati naturam, rationem siue conditionem, *l. fin. C. de indic. vid. toll. l. si ita stip. §. si tibi nupsero, ff. de verbo. obligat. & utrobiq. not. per Dd.* tum, ne claudicet contractus, *l. si cum dies, §. arbiter, ff. de recep. arbit. l. ult. ff. de prætor. stip.* Non est autem dubium, quin damnum sit passurus debitor, si loco monetæ reprobatæ soluenda foret alia, & quidem ad eam æstimationem, quam prior habuit ante reprobationem, *ita Hostiens. & Ioan. Andr. in c. quanto, de jurei. & Ioan. de Imo. eos lem allegans in d. l. Paulus, num. 2.* Contrà † 31
vero, solui tantum oportere, quanti moneta fuit, prius quam reprobaretur, tenuerunt longa serie relati per *Gob. Roma. d. t. de solut. conclus. 1. num. 4. & ultra eos idem sensit glos. ulti. in c. cum Canon. de censib. Ioc. de Ram. & Odofr. in l. minorum, C. in quib. causis rest. in int. Bart. in d. l. Paulus, n. 6. Alberic. in l. vinum, post Guil. de Cun. ff. si cert. pet. And. de Iser. in c. un. quæ sint regal. Petr. Anch. in Clem. si beneficior. de decim. Ioan. Bolog. in d. l. cum quid, nu. 71. ff. si cer. pet. & in l. quod te, num. 44. ff. d. t. Carol. Molin. de usur. q. 92. nu. 702. vers. octauo, dicens hoc secundum* omnes *obtinere, & q. 93. n. 714. vers. quarto emtor, ubi* communem *dicit Crauet. cons. 47. nu. 6. vol. 1. Petrus de Benint. decis. 39. nu. 1. Ioan. Aquila de monet. p. 2. theore. 1. v. quod si. Sebast. Med. de monet. p. 2. verb. moneta, & de fortuitis casib. p. 1. q. 4. n. 56. vers. quarto fallit. Ant. Fab. de variis num. debit. solut. c. 5. Franc. Viuian lib. com. opin. verb. moneta,*

Emanuel

Emanuel Soarez. in thesauro recept. senten. verb. moneta, num. 201. qui cum Vivio communem *dicit*: communē *quoq; sententiam dixere Abb. in c. quanto, num. 12. de jure iur. Socin. in d. l. quod te, Summa Angelica in verb. solutio, conclus. 2. Brun. de augme. monet. partis. 2. & ita* magis cummuniter *teneri asserunt Iaso. in l. 2. num. 91. C. de jure emphy. sancitumque videtur Electorali constitutione Saxonica 28. pag. 2.* Hanc esse veriorem & idcirco tenendam puto: quæ confirmari potest primò per text. *not. in c. cum Canonicis, de censibus*, quo Pontifex clare decidit, si moneta debita non sit in vsu, soluendam esse æstimationem, quam habuit illa, cum adhuc in vsu esset: id enim manifeste colligitur ex verbis *pensionis antiquæ*, quæ denotant quantitatem siue summam antiquitus præstari solitam. Ac licet non expresse dixerit, *si reprobata sit*, nō tamen ambigendum videtur, eum de casu reprobationis ibi sensisse, quandoquidem in illa facti specie proponebatur, monetam meliorem fuisse percussam: quo casu prior quasi nimis a justo pondere debitaq; puritate vel probitate materię deflectens, plerumque reprobari consueuit. Rursus ex contextu, dum adijcitur conditionalis particula *si* liquet, Pontifici neutiquam constitisse, an prior adhuc in usu sit, nec ne? Quo factum, vt & Pontifex generalia verba, *non sit in vsu*, vsurpauerit, vnumquemq; casum, qui in illa facti specie accidere, aut locum sibi vendicare potuisset, comprahendentia, ne casum reprobationis exprimēdo cœteros exclusisse videatur, & nos generaliter illa & indistinctè, prout sonant, intelligere debeamus, non tantum propter regulam *l. 1. §. generaliter, ff. de lega. præst. cum sim.* sed vel maxime, quia quoties decidenda facti species non distinctè fuit legislatori proposita, decisio eius ita formanda venit & intelligenda, vt singula mēbra siue casus, quotquot illa facti species implicite continere potis est, ipsa quoq; decisio comprahendat, *l. ut responsum, C. de trans. l. precib. C. de impub. & aliis subst. & utrobiq; not. per Dd.* Ac si maxime verba, *non sit in usu*, eum solummodo casum comprahenderent, quādo citra expressam reprobationē moneta prior non amplius currit, quæ tamen restrictio nec jure comprobatur, & generalitati verborum, pariterq; facti speciei indistinctè propositæ maxime repugnat, nihilominus eo ipso, quia propter percussam monetā meliorem prior in vsu esse desinit, tacite videtur esse abrogata siue reprobata: Etenim nihil interest, decreto siue suffragio populus voluntatem suam declaret, an reb. ipsis & factis, *l. de quib. ff. de legib.* tacitiq; virtus eadem sit, quę expressi, *l. triticum, ff. de ver. obl. cum sim.* Quinimo quocunq; tandem modo moneta debita in vsu esse desinat, tamen cum ademtus ei sit vsus, ad quem principaliter est ordinata, quiue constitui ipsam, *l. 1. ff. de contrah. emt.* nomen & rationem pecu. amiserit, ac per consequens interierit oportet, *l. creditor, ff. de sol. Aret. in d. l. quod te, n. 4. Brun. d. part. 2. n. 2. Cag. in d. l. cum quid, n. 95.* vt proinde vel hinc evidēter appareat, etiamsi ante morā, citraqꝫ culpam debitoris moneta debita fuerit peremta nihilominus eum ad æstimationem illius, qua fuit ante interitum, etiamnum teneri, *per tex. d. c. cum Canonic.* Secundo per *l. creditor oblatam, ff. de sol.* qua decidit Scæuola, debitoris esse detrimentum, si reprobetur pecu. debita, etiamsi nondū in mora fuerit: Non esset autē debitoris damnū, nisi sūmam is integrā in alia pec. soluere teneretur. Nec licebit euitare *d. l. creditor*, asserendo, pecuniā illic in genere fuisse debitam. Vt enim omittam, æque vsitatum esse, si non vsitatius, ut certa species monetę potius, quam in genere pecunia debeatur, cum & sæpisime de specie nominatim caueatur, ac si maxime prætermissum fuerit, tamen illa monetæ species regulariter in obligatione sit, quæ tempore contractæ obligationis interuenit siue præstita fuit. *Dd. in d. l. cum quid, & alij superius allegati.* Continet etiam isthæc restrictio meram diuinationem, siqui-

ſiquidem textus non magis in genere, quam in aliqua ſpecie ſiue certo genere ſubalterno pecuniam fuiſſe debitam, præſupponit, prout etiam oblatio, cuius eo fine mentio facta videtur, vt in mora debitorem non fuiſſe appareret, factiq; ſpecies eo maiorem dubitationem haberet, non minus obligationi ad aliquam pecuniæ ſpeciem, quam obligationi ad pecuniam in genere, quadrat, vtrobique finem prædictum æqualiter exhibens: Iam vero cum fuerit eo loci ſoluendum, ubi pecunia poſtmodum reprobata fuit, nonne monetam ibi currentẽ, ſive qua illa respub. vtebatur, ſolui oportuit? Certe quidem, *Bart. in d. l. Paulus, n. 1. & cæteri Dd. ff. de ſolut. Brun. & per eum alleg. d. tr. præſup. 2. nu. 16. fac. c. 2. de maled. clem. ſi beneficior. de aecim. & extravag. regimini, de emt. & vendit.* At pecuniam, qua illa reſpub. vtebatur, juſſu præſidis fuiſſe ſublatam, ait ipſe Scæuola. Itaque manifeſtè proponitur ibi, peremtam fuiſſe pecuniam, de qua ſolutio fieri debuit, nec minus tamen deciditur, reprobationis ſiue interitus periculum eſſe debitoris, & ſic per illam legem ſententia noſtra liquido comprobatur. Tertiò; quod in obligatione nummorũ certi generis duo contineri dignoſcuntur, vt & ſumma ſiue quantitas debita præſtetur, & in præfinito monetæ genere ſoluatur, *l. qua extrinſecus, ff. de verb. obl.* & cum primis id etiam ex *d. l. Paulus*, eluceſcit, vbi neceſsitas ſoluendi nummos in eandem formam remittitur debitori remanenti nihilominus obnoxio neceſsitati ſoluendi ſummam ſiue quantitatem, atque ita re ipſa ſeparatur atq; ſecernitur illa neceſsitas ab hac, quod fieri nullatenus poſſet, niſi peculiaris atq; diſtincta obligationis, vt ita loquar, pars eſſet, qua remiſſa nihilominus quoad partem ſiue caput alterum ſalua remaneret obligatio, *d. l. Paulus*. Porro quoties duo in obligatione verſantur, perq; obligationem iniunguntur, etiamſi propter aliquã ſuperuenientem cauſſam ab vnius, quod amplius præſtari fieriue non poteſt, præſtatione liberetur obligatus, tamen ad alterũ, quod etiamnum dari fieriue poteſt, firmiter obſtrictus remanet, *l. Celſus §. idem ait, verſ. ſed ipſe, ubi Dd. ff. de recep. arb.* Quamuis igitur per interitum eius generis monetæ, quo ſolui debuit, contingentem ante moram, liberatus ipſo jure videatur eſſe debitor ab obligationis capite poſteriore, ne ſoluere teneatur in præfinito monetæ genere, ſiue propterea, quod in eo monetæ genere non ſoluetur, creditor damnum ſit paſſurus, ſiue non: tamen ſupereſt adhuc prius, quod ſine altero etiamnum expediri poteſt, caput obligationis, nempe quantitas illa pecuniæ ſiue ſumma in obligationem deducta, vt proinde neceſſe ſit, debitorem adhuc firmiter ad eam eſſe obligatum, nec aliter obligationi ſatisfieri poſſe, quam ſi integre ſumma, licet in alio monetæ genere ſoluatur, *d. l. Celſus, §. idem ait.* Quarto, quia nun modo ex conſuetudine generali permiſſum pro moneta debita nummos alterius & generis & materiæ ſoluere, ſed & jam olim jure communi licitum fuit, pro nummis debitis præſtare nummos alterius generis, dummodo ſint eiuſdẽ materiæ, nec minoris bonitatis, quippe creditore damnum alioqui paſſuro, *Bart. & Dd. in d. l. Paulus, per tex. ib. quem tali ſenſu rectiſsime ab omnibus accipi teſtatur Ant. Fab. de var. num. deb. ſolu. c. 3. v. qua ſententia.* Vnde dupliciter argumentari pro ſententia veriore licet: Quod enim propter interitũ rei debitæ ante moram, debitor liberatur, non alia ratione fit, quam quia non aliter obligationi ſatisfieri potuit, niſi præſtatione eius quod interiit: quod vel hinc patet, quia debitor generis, puta, pecuniæ, ſi maxime habuerit eam in promtu paratam, adeoque ſolutioni deſtinarit, & in eum finem depoſuerit, neutiquam tamen huius pecuniæ liberatur interitu, nẽpe quia per aliam poteſt etiamnũ obligationi ſatisfieri, *l. ſi ſoluturus, maxime verſ. hic conſequens, ff. de ſolut.* Atqui

debi-

debitor pecunia in genere quopiam subalterno, potest vel inuito creditore satisfacere obligationi, soluendo nummos alterius generis, materię tamen & bonitatis eiusdē, *d.l. Pau.* Itaq; si maxime subalternum illud monetę genus interierit ante moram, neutiquam debitor propterea liberatus esse poterit, ab obl. cui per alterius pec. solutionem satisfieri & antęa potuit, & etiamnum potest. Rursus quoties in electione debitoris est, quam rem soluere velit, vna earum pereunte ante moram, neutiquam liberatur, sed ad alteram adhuc tenetur, *l. cum res, §. sed si Stic. ff. de legat. l. Stich. ff. de sol. & sim.* Est autem in electione debitoris, in genere monetę assignato soluere malit, an in alio, siquidem nisi creditor inde damnum sit passurus, debitor haud quaquam præcise tenetur in illo monetæ genere soluere, *d. l. Pau.* Ergo si ante moram genus monetæ præfinitū intercat, debitor nihilo. obstrictꝰ remanebit ad soluendam in alio pec. genere integram summā. Quinto, quia debitor non aliter liberari potest, nisi soluerit, quod oblig. continetur, si non in specie, saltem in genere, *l. 2. & 3. ff. si cer. peta. l. 1. §. 1. ff. de obl. & act. & sim.* Sed quāprimum reprobatur aliqua moneta, desinit esse pecunia, nec amplius eo sub genere continetur, prout recte post alios censuit *Francis. Arctin. in 1. l. quod te, n. 4. & Brun. d. partit. 2. n. 2. quem refert Gogn. in d. l. quod te, nu. 95. & luculenter apparet ex traditis per Donell. in d. l. cum quid, n. 9. ff. si cer. pete. Carol. Molin. de vsur. q. 92. nu. 696.* Vt ut enim illius materia remanserit illibata, nihilominus ipsa, quatenus est moneta, per reprobationem peremta fuit, *l. creditor, ff. de solution.* quandoquidem non est amplius ea materia, cuius publica & perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subueniat, sed vsum dominiumq; saltem ex substantia metalli, non ex quantitate seu valore impotiticio autoritate publica rursus ademto prębet, *l. 1. ff. de contrah. emt.* Vnde nec simpliciter moneta siue pecunia nuncupatur, ad differentiam scilicet veræ, vt denotetur, eam non nisi abusiue & in significatione prorsus impropria monetam dici, perinde ut homo mortuus, abusiue perhibetur homo, qui post mortem nihil minus est quam homo, *l. 3. §. morte, l. si vsufr. ff. quib. mo. vsufr. amitt. l. Sempron. Attalus, ff. de vsufr. leg. l. Stich. in pr. ff. de sol. & sim.* Itaq; cum in proposito non nisi pecunia contineatur obligatione, siue sūmam pecuniæ debitam, siue monetæ speciem, in qua soluendum est, spectes, liberari debitor minime poterit solutione monetæ reprobatæ, ac vē consequentis in pecunia legitima vetaq; debitam summam soluere tenebitur. Sexto; quia cum reprobatur vnum monetæ genus, alia pecunia, presertim si nouiter ad aliquā prioris reprobatæ similitudinē cudatur, ei surrogari & in locum eius succedere dignoscitur, *Bald. in d. l. cum quid, n. 7. Cast. in d. l. quod te, n. 9. Mart. Laud. de monet. q. 14. n. 14. Gaill. lib. 2. obs. 73. n. 7. Io. Borcb. in c. un. n. 62. quæ sint regal. fac. c. quanto, de iurer.* Quoties autem subalterno generi, quod totum interiit, succedit atque surrogatur aliud, neutiquam liberatur obligatus a pręstatione debiti, quippe cum surrogatū fictione, iuris idem quodammodo cum eo, cui surrogatur, censeri videatur, *l. si don. §. si spons. ff. de donat. inter vir. & ux. l. filia, §. ult. de cond. & demonst. Bal. & Cast. loc. ptacit.* adeoq; debitum genus non tam extinctum, quam vigore surrogationis conseruatum siue restauratum intelligatur, *l. proponebatur, ff. de iud. l. peculiū, §. quadriga, & §. ult. ff. quib. mod. vsufr. amitt. Fr. Aret. in d. l. quod te, n. 2. ubi post alios loa. Bol. n. 48. ff. si cer. pet.* Septimo, quia certissima regula iuris est, reprobam pecuniam non liberare soluentē, *l. eleganter, §. qui reprobos, ff. de pig. act.* cui tanto magis in proposito fuerit inhærendum, cum ab ea casus noster minime probetur exceptus. Nam quod obijciebatur, perimi reprobatione subalternū illud monetæ genus, cuius interitu liberetur ante morā debitor, quo pręcipue fundamēto nituntur vtriq;

tam

tam qui simpliciter sine materiæ residuæ solutione, quam qui mediante monetæ reprobæ siue materiæ præstatione debitorem huiusmodi liberari contendunt, facile diluitur: non quidem negando, reprobatione pecuniam proprie seu vere interiisse, prout effugere difficultatem Bolognetus, at minus recte, conatus est, *in d. l. cum quid, n. 71. & 72.* Sed respondendo, per interitum subalterni generis ante moram ita demum liberari debitorem, si tantum illius generis, non autem vllius alterius solutione obligationi de iure satisfieri potuit: Liberatur enim propter superuenientem tunc temporis, quando nondum vlla ipsi culpa imputari potest, impossibilitatem satisfaciendi siue soluendi id, quod cũ solui deberet vnicum solumq; per interitum esse desiit: Alioqui si quid aliud soluendo potuit obligationi de iure satisfieri, cum hoc ipsum post illius interitum supersit atq; remaneat, vtiq; non efficiet illius interitus, quo minus etiamnum huius solutione obligationi satisfieri cum posit, tum debeat, prout etiam dilucide ostensum in quarto argumento, & liquido patet ex *l. tum res, §. sed si Stichus, ff. de lega. 1. & l. Stichum, ff. de solut. textibusq; concor.* Quocirca cum obligationi pecuniæ in hoc aut illo genere soluendæ satisfieri de iure queat, si monetæ genus aliud soluatur, *d. l. Paulus, ff. de solut.* obiecta interpretũ theorica casu nostro nec valere nec procedere poterit. Consimili ratione potest euitari dicta theorica tum per id, quod de surrogatione paulo ante fuit allatum: tum etiam hoc ipso, quia casu nostro debitor, vt argumento tertio diximus, ad duo tenetur, vt summam debitam soluat, & in asignato monetæ genere soluat: Interitus autem id tantum efficit, ne summa debita posit in eo nummorum genere solui, nullatenus autem obstat, nec impedit, quo minus debita summa solui posit: Quocirca licet necessitate soluendi in asignato monetæ genere debitorem liberet superueniens interitus siue reprobatio, non tamen eundem liberare potest necessitate soluendi summam obligatione compræhensam, *l. Celsus, §. idem ait, vers. sed ipse, ff. de recept. arbit.* Quod vero eas rationes attinet, quibus monetæ reprobæ solutionem casu nostro ad liberationem sufficere conantur ostendere, prima quidem iis aduersatur modo, qui debitorem pecuniæ postmodum reprobatæ citra solutionem eius liberatum esse cẽsent, quorum erroneam opinionem & ipsi reijcimus: contra nostram vero sententiam nihil concludit, cum si maxime materia principaliter in consideratione foret, quod tamen esse cõtrouersum, luculenter apparet ex traditis per *Lortot. in l. 2. §. mutui datio, maxime n. 20. & 21. ff. si cert. pet.* nec non ijs, quæ paulo superius de consideratione materiæ & æstimationis in moneta plenius attigimus, nihil tamẽ amplius inde sequeretur, quam debitorem à materiæ præstatione minime liberari, quod fatemur vltro: Neutiquam vero ex eo, quia principaliter ipsa materia consideratur, concludere licet, solius materiæ præstationem ad liberationem sufficere: alioqui cũ non minus extra casum reprobationis, quam cum reprobatio superuenit, materiæ præstationem sufficere oporteret, quod est absurdum. Quod si dicas, propter formam siue extrinsecam æstimationem reprobatione peremtam citra culpam debitoris, sufficere solius materiæ residuæ præstationem: non amplius ex illo, quod prætendebatur, concludendi medio procedit argumentum, sed ex alio plane diuerso, & quidem satis ante refutato, cum ad interpretum theoricam de liberatione per interitum debiti generis subalterni ante moram contingente respondimus. Ad alteram dicimus, nõ tantum in eadem bonitate intrinseca, sed cumprimis in eodem genere debitam rem præstari oportere, *l. 1. & 3. ff. si cer. peta.* cum è diuerso constet, monetam reprobatam non esse monetam, eoq; non eiusdem, sed plane diuersi generis à re in obligationem

deducta,

deducta, moneta scilicet vera. Ad tertiam solutio patet ex præcedentibus, cum qua in effectu ferme coincidit quarta fundata super *d. l. quod te*, quæ licet asserat, fore detrimentum debitoris, si res postea perierit, quam per eum factum sit, quo minus daret, tamen haud negat, pluribus ex caussis fieri, vt etiam ante quam per debitorem steterit quo minus daret, rei detrimentum ad ipsam pertineat, sicut inprimis tunc vsu venit, eum obligationi solutione plurium satisfieri potest, vbi detrimentũ in vno contingens non impedit, quo minus alterum solui queat: Patet ex *l. incendium, & ibi not. per Dd. C. si cert. pet. l. cum res, §. sed si Stichus, ff. de leg. 1. l. si soluturus, l. Stichum, in pr. ff. de solut. & simil.* Circa vltimam rationem negari potest, damnum ex eo pati debitorem, quod summam obligatione comprehensam in alia pecunia soluere compellitur: tum, quia tempore nascentis obligationis pecunia in eam deducta, adhuc vera erat moneta, publicaq; nitebatur autoritate, necdum reprobata fuerat, eoq; tenetur etiam debitor ad soluendam illius generis monetam vsualem veramq;, vel si nequeat amplius haberi sive expendi, prout euenit reprobatione superveniente, ad æstimationem eius congruam in alio monetæ genere prestandam, *c. cum Canonicis, de censib.* Quisquis autem justam rei debitæ præstat æstimationem, ei nec decedit quicquam, nec accedit, tamque damni, quam lucri videtur expers: tum vero maxime, quia damnum, si quod sentit, non alia de caussa, quam propter supervenientem reprobationem incurrit atq; sustinet. Ac posito, nec tamen concesso, damnũ inde pati debitorem, quia cogitur in alia moneta soluere, non tamen hic à creditore licebit ad debitorem argnere, ob manifestam, quæ subest inter vtrumq;, diuersitatis rationem. Quod enim in hoc aut illo monetæ genere soluendum esse, legis aut hominis dispositione quandoq; cauetur, id in fauorem creditoris, quippe cuius commodum concernit, & in præjudicium debitoris fit: proinde nil mirum, si circa solutionem nummorum alterius generis admittendam seu faciendam propter æquivalentiam, damnum quidem creditoris, non etiam debitoris exceptum reperiatur. Rursus quia creditor in eo grauatur, quod in aliam formam cogitur nummos accipere, merito releuatur in altero, ne damnum inde sentiat: Contra debitor in eo releuatur, quod nummos in aliam formam soluere potest: proinde juste conqueri vix potest, si vicissim in altero grauetur, cum scilicet damnum inde sensurus est, *arg. l. cum qui, ff. de jureiur. c. qui sentit, de regul. jur. in 6. cum simil.* Quodq; præcipuum est, cogitur creditor accipere nummos in aliam formam, quando debiti generis moneta solui potuisset, atq; ita in voluntate libituq; debitoris est, cuius generis monetam soluere malit: vt proinde libera illa soluendi in alio monetæ genere facultas debitori ex æquitate, contra rigorem juris indulta, fuerit omnino restringenda casu quo damnum inde sit passurus creditor, ne facto libituque debitoris ei conditio iniqua inferatur, contra *l. non debet, ff. de reg. jur.* E diuerso debitor non nisi subsistente necessitate nummos in aliam formam creditori soluere cogitur, quando scilicet generis debiti moneta reprobatione interijt, vt amplius ea solui nequeat: quo fit, vt damnum debitoris, si quod hac in parte intervenit, esse in consideratione vix possit aut debeat, cum id inferatur ipsi nõ ex facto creditoris, quippe qui tenetur ipse tali casu nummos in aliã formam accipere, sed ex juris dispositione, *c. cum Canonicis, de censib. l. creditor, ff. de solut.* atq; adeo ex necessitate, quæ non habet legem, *c. 2. de obseru. jeiunior.* & cumprimis in proposito efficit, vt creditori in præfinito monetæ genere solutionem consequi non amplius valenti, ac per cõsequens in alia pecunia solutionem flagitanti succurratur, *l. si fidejussor, §. si necessaria, ff. qui satisd. cog.* Porro † ex assignatis funda- 32

mentis id simul constat, sententiam hucusq; confirmatam procedere cum primis, vbi contingit ante moram reprobatio: nam si post moram interuenerit, nemo dubitauit, quin ad moratorem periculum subsecutæ reprobationis pertinere debeat: vt contrarias illas interpretum omnino tempus ante moram respicientiū sententias isthac distinctione conciliare frustra studuerint *Lud. Rom. in l. cum quia, ff. si cert. pet. Afflic. in c. vn. verb. moneta, n. 11. vers. dat tamen, quæ sint regal. Ias. in l. quod te, n. 16. ff. si cer. pet. Gab. Roma. lib. 3. de solut. concl. 1. n. 5.*
33 Putarim † tamen hasce sententias aliqua ratione conciliari posse, si distinguatur cum *Mart. Laud. de monet. q. 14. n. 14.* vtrum citra materiæ defectum propter aliquam reipub. vel principis vtilitatem, an vero propter defectum in materia vel ipsius puritate seu pondere reprobata fuerit: vt illo quidem casu prior opinio sustineatur, non tam quod moneta reprobata solui possit, aut liberare debitorem, vel periculum reprobationis creditor agnoscere teneatur, (id enim argumentis sententiæ posterioris plane refellitur,) quam quod in solutione alterius pecuniæ pro reprobata, videatur isto quoq; casu habenda esse ratio bonitatis intrinsecæ, hoc est, materiæ sive ponderis aut puritatis eius, qua fuisse tempore obligationis dignoscitur, cum quidem id fieri possit absq; eo, quod ad creditorem ex reprobatione pertineat periculum sive detrimentum, quippe quod ex reprobatione vix inducitur, vbi defectus in materia minime subest, *Ita censuit Brun. d. partic. 2. num. 5. vers. retenta autem, junctis his quæ tradidit in partic. 4. Vinius lib. commun. opin. versic. moneta seu pecunia promissa, quasi communem referens, Gaill. lib. 2. obseru. 73. num. 7.* nec obscure patet ex confirmatione sententiæ communissime receptæ de attendenda monetæ intrinseca bonitate, cui quo minus isto etiam casu peræque procedere possit vel debeat, ratio juris neutiquam obsistere videtur. Hoc autem posteriore, quando propter materiæ defectum pecunia reprobatur, sententia posterior hucusque defensa life omnimodo tenenda, sive materiæ defectus, propter quem ante solutionis tempus moneta reprobatur, demum post contractam obligationem supervenerit, quo casu similiter in solutione alterius pecuniæ habenda erit ratio bonitatis intrinsecæ, sive ponderis puritatisq; materiæ, quam debita pecunia tempore dispositionis aut conuentionis habuit: Sic enim vtrumque, vt par est, hic obseruatur, vt & periculum reprobationis ad debitorem, qui monetæ reprobatæ solutione liberari nequit, pertineat, & valor intrinsecus secundum tempus contractus attendatur: *& ita præter Brun. loc. rel. senserunt etiam in proposito Joann. de Imol. in d. l. Paulus, num. 2. Alexan. in d. l. quod te, num. 7. Martin. Laudens. de monet. q. 14. num. 14.* Sive defectum in materia vel ipsius pondere aut puritate, propter quem reprobata fuit, habuit etiam tempore dispositionis & conventionis pecunia debita: quo tamen casu in alia pecunia citra respectum bonitatis intrinsecæ seu materiæ puritatis aut ponderis videtur esse soluendum, quandoquidem si illius hic etiam ratio haberetur, ne quid amplius, nisi quanti materia monetæ postmodum reprobatæ tunc temporis fuisse depræhenditur, in alia moneta solueretur, vtique periculum reprobationis postmodum ante moram subsecutæ ad creditorem pertineret, cum tamen illud ad debitorem omnino pertinere, pluribus argumentis hucvsq; fuerit ostensum, & senserint Dd. ad hanc sententiam paulo ante allegati. Vt †
34
autem reprobationis periculum sustinere tenetur debitor, sic etiam cum pecunia debita non quidem reprobata fuit, sed non amplius reperitur, neutiquam propterea, licet interijsse videatur, liberatur debitor, sed etiamnum in alia pecunia debitum, & quidem secundum eam bonitatem in materiæ pondere & puritate, quam

quam habuit antiqua moneta tempore obligationis, exoluere tenetur, *per tex. not. in c. cum Canonicis, vbi gl. & Dd. de censib. Dd. in c. quanto, de iureiu. Bart. in d. l. Paulus, n. 6. vbi Ioa. de Imol. n. 2. ff. de solut. Innoc. in c. olim, de censib. Alex. post alios in d. l. quod te, n. 7. vers. vel secundum Ioan. vbi Purpuratus n. 164. & Ripa n. 24. ff. si cert. peta. Alberic. de Rosat. in l. 2. vbi Iason n. 91. C. de iure emphyt. Ferr. in form. libell. pro act. hypothecaria, verb. relaxandum, nu. 2. & 3. Afflic. in c. 1. ver. moneta, n. 10. dicens esse* communem *omnium Dd. opinionem, vbi Ioan. Borchol. n. 62. quæ sint regal. Marti. Laud. de monet. q. 14. nu. 15. Fra. Curt. de monet. n. 3. Ioan. Regnaud. de monet. nu. 9. Brunus d. tr. partic. 4. Socin. Iun. cons. 44. n. 9. vol. 4. Collegium Papiens. in consil. impresso sub finem d. tr. Bruni, n. 1. & 2. vbi plures allegantur, & inter hos aliqui* communem *dicentes, Ioan. Bolognet. cons. 11. n. 41. Anto. Gab. Rom. lib. 3. t. de solut. concl. 1. n. 16. Petr. Greg. in syntagmate iuris, lib. 36. c. 2. n. 27. Gail. lib. 2. obser. 73. nu. 7. qui & ipse* communem *perhibet, quam firmavit etiam electoralis constitutio Saxon. 28. p. 2.* Quæ vero de reprobatione hucusq; dicta, sunt intelligenda, quando moneta reprobatur in totum, vt nec amplius in vsu esse, nec expendi, viliore licet valore queat: de tali namq; reprobatione sola Dd. sup. relati loquuntur, prout etiam pleriq; illorum idipsum disertis verbis expresserunt, ne quis ipsos arbitraretur loqui de reprobatione partiali, quando pecunia debita nõ quidem ex ciuitate tollitur, vel expendi prohibetur, sed in vsu relinquitur, saltem valor eius ob deprehensum fortasis in materia defectum, aut aliam ob caussam decreto publico restringitur atq; diminuitur, cuius resolutio non huc pertinet, sed ex infra dicendis patebit. Nõ
35 † est etiam huc referenda pecunia deposita, quę si reprobetur, procul dubio sit illa reprobatio periculo creditoris, hoc est, disponentis, *ut recte post alios monuit Brun. d. partic. 2. n. 9. Gab. Roma. d. conclu. n. 11.* cum, quod pecuniæ depositæ dominium ad depositarium minime transierit, sed penes deponentẽ remanserit, & consequenter huic tanquam domino perierit, *§. præterea, Inst. quib. mo. re cont. oblig. l. pignus, C. de pigno. act. cum simil.* cum etiam, quia certa nummorum corpora fuere deposita, quæ sunt eadem restituenda, per q; actionem depositi vel rei vendicationem repetuntur, *l. si is qui, C. depos.* Quisquis autem certa nummorum corpora præstare sive restituere tenetur, ipsorum interitu ante moram liberatur, *l. in ratione, §. certis vero, ff. ad leg. Falcid. cum simil.* dum tamen reprobos nũmos adhuc extantes creditori pręstet sive reddat, *l. diligenter, §. qui reprobos, ff. de pigno. act. iuncta l. si quis, C. depos.* Quibus etiam de caussis fit, vt quoties certa nummorum corpora sunt in obligatione, vel rei saltem vendicatione pecunia potest ab altero exigi, periculum reprobationis non ad debitorem vel possessorem nummorum certorum præstandorum sive restituendorum, sed ad creditorem vel dominum pertineat, *Hieron. Butigella in d. l. cum quid, n. 18. ff. si cert. pet. Gabr. Roman. d. con. l. 1. n. 14. & 15.*

Limit. VII. non procedere in pe- 36
cunia, quæ pro alia moneta in dispositione nominatim assignata soluitur: In hac enim, quæ alterius loco soluitur, non attenditur ea bonitas intrinseca, quam habuit tunc temporis, cum dispositio facta fuit, sive ab eo tempore melior effecta sit illa moneta, sivè deterior, *Brun. de augm. monet. partic. 5. n. 6. & lim. 2. Curt. Iun. consil. 24. Hieron. Gabr. cons. 164. n. 2. & 4. vers. & sine dubio, & sensere cæteri Dd. superius ad conclusionem principalem allegati,* nec immerito, tum quia rationes, quibus dicta conclusio nititur, solummodo monetam in obligatione denotatã concernunt, non etiam accommodari vel referri queunt ad aliam quæ pro illa vel ex permissionis consuetudinis, vel ob defectum pecuniæ debitæ soluitur: Vt enim disponens aut contrahentes scire minime potuerunt, in hac pecunia fore solutionem futuram, cum potius in alia nominatim designata solutionem fieri voluerint, ita multo minus

3. *Sive pecunia datione sive citra eam contracta fuerit obligatio.*
4. *Procedit etiam in obligationibus nascentibus ex dispositione legis, statuti, consuetudinis, concessionis aut beneficij à principe indulti, & sententia.*
5. *Nec non in obligationibus ex ultima voluntate dependentibus.*
6. *Et in conceptis sub conditione vel in diem.*
7. *Solui debet idem nummorum numerus, quando cavetur, ut certa summa soluatur in certa nummorum specie, sub eadem nummorum æstimatione.*
8. *Tot nummi soluendi, quot sunt crediti, licet debitor pecuniam creditam eo valore extrinseco, qui tempore contractus erat, expenderit.*
9. *Mutatio valoris extrinseci non attenditur, etiamsi non sit verendum, ne propediem denuo mutetur.*
10. *Solutio fieri debet ad eundem nummorum numerum, licet omnes monetæ pari proportione in valore imposititio augeantur vel minuantur.*
11. *Variatio valoris extrinseci non attenditur, licet moneta quoque sit intrinsecus mutata.*
12. *Tot nummi, quot sunt crediti vel promissi, præstandi sunt, licet eorum valor mutatus fuerit ob mutatam bonitatem materiæ in monetis minutioribus, per quas illi æstimari solent.*
13. *Si pro aureis nummi veteres inferioris monetæ soluantur, tot erunt pro unoquoque præstandi, quot contractus tempore aureum efficiebant.*
14. *Nisi veteres cum novis eundem valorem extrinsecum adhuc habeant.*
15. *Aureorum valore prætextu deteriorationis monetarum cæterarum longe plus, quam fieri debuisset, crescente, tot illorum præstari debent, quot crediti vel promissi sunt.*
16. *Etiamsi pecunia sub usuris debeatur, tot nummi pro sorte præstandi, quot sunt crediti.*
17. *Lex, statutum vel consuetudo valet, ut mutato debitæ monetæ valore ad eandem summam, non ad eundem numerum soluatur.*
18. *Ratio mutati valoris habetur, quando non obscure apparet, hoc voluisse disponentem sive contrahentes.*
19. *Cum pecunia debetur in genere, quantitati debitæ nihil addi debet, nihil etiam detrahi potest ob valoris in monetis mutationem.*
20. *Quando nominatim assignatur, quantum quisque nummus valeat, debet ad eandem summam, non ad eundem numerum solutio fieri.*
21. *Opinio contraria refellitur.*
22. *Duobus tamen casibus sustinetur.*
23. *Cum obligatio incipit ab expressione summæ, cui demum subjungitur certa monetæ species, mutatio valoris attenditur.*
24. *Sive simpliciter dicatur, creditam esse summam in certa nummorum specie, sive caveatur insuper, ut in eadem specie nummorum solutio fiat.*
25. *Procedit etiam, quando monetæ certum genus numero non apposito fuit assignatum.*
26. *Discrepantes interpretum sententiæ recensentur.*
27. *Quæ distinctione conciliantur.*
28. *Quando referre censeatur numerus nummorum ad solutionem.*
29. *Cum exprimitur, ut summa debita per tot nummos æstimetur, totidem præstandi sunt nummi, vel eorundem æstimatio, licet ipsorum valor creverit vel decreverit.*
30. *In obligationibus, quæ re contrahuntur, licita vix est conventio, qua plurimus æstimatur summa nummis, quam tempore contractus ea valeat.*
31. *Mutatio bonitatis intrinsecæ nummorum, licet ab eorum expressione obligatio non inceperit, attenditur.*
32. *Mutatio valoris intrinseci vel extrinseci specierum, quibus exprimitur summa debita, non impedit, quo minus totidem nummi, quot sunt expressi, præstari debeant, vel eorum æstimatio.*

33. *Mutatione tam in libris, quam in aureis contingente, duntaxat intrinseci augmenti vel decrimenti aureorum ratio habetur.*

34. *Extrinseco valore nummorum debitorum injuste decrescente, creditor præsentem eorum æstimationem justa minorem accipere minime tenetur.*

35. *Mutatio valoris extrinseci post moram superueniens, an & quomodo attendatur.*



Vnc deueniendum ad alteram pecuniæ bonitatem in æstimatione seu valore publice imposito consistentem, quam pleriq; interpre-
1 tum extrinsecam nuncupant. Ea † si mutata, hoc est, aucta vel diminuta fuerit, non pauci ex antiquis, & recentiorum plurimi statuunt, huiusmodi mutationem, quæ in valore duntaxat impositio, non in materia contingit, omnino attendendã, eiusq; rationem vsq; adeo esse habendam, vt quam summam siue quantitatem creditor, si tempore nascentis obligationis illico soluendum ei fuisset, consecuturus fuisset, tanta sit etiamnum ipsi præstanda in pecunia debita, non maior, nec minor, ac proinde augmẽtum bonitatis huius, debitor obtineat, vicissimq; decrementum eiusdem ad ipsum pertineat, vt quanto plus hodie pecunia debita valet, tantũ de ea creditori nihilominus integram summam adepturo deducere possit, quantove minus hodie valet illa, tantum ad summam debitam integre persoluendam in ea supplere teneatur: *Ita senserunt Azo, Iacob. de Beluis. & Odofred. vt refert Cyn. in l. minorum, C. in quib. causs. in int. restit. Anton. de Butr. in c. quanto, vbi Panor. nu. 12. de jeiur. Antan. Burg. in c. cum dilecti, nu. 39. de emt. Francis. Curt. de monet. q. 3. n. 15. dicens ita* communiter *modernos tenere, Decius in repet. l. cum quid, n. 56. vbi Curt. Iun. n. 23. Loriot. n. 8. & 9. Bologn. n. 74. dicens* æquiorem & veriorem, *Donell. nu. 11. & 12. Molin. de vsur. q. 92. n. 709. q. 93. nu. 717. q. 94. n. 722. q. 95. n. 726. & 727. q. 96. n. 729. q. 97. n. 731. & 734. Minsing. cent. 4. obser. 1. allegans pro hac præjudicium Cameræ Imperialis, Hotom. lib. quæst. illustr. q. 15. Joan. Aquila de monet. p. 2. theore. 1. vers. altera conclusio: Bronch. ἐναντ. cent. 1. asser. 64. & in hanc sententiam inclinat etiam Couarr. in tr. veter. coll. numism. c. 7. §. vnic. n. 3. dicens, eam in regnis Castellæ per leges Tauri esse comprobatam, pro qua extat etiam decisio consilij Neapolitani apud Matth. Afflict. decis. 194. per tot. maxime n. 5. sub fin. Eandem approbauit Electoralis constitutio Saxon. 28. p. 2. & vndecim fundamentis propugnauit Molin. d. q. 92.* Sed aduertendum, primò quidem, ea potissimũ de caussa interpretes præsertim recentiores hanc sententiam fuisse amplexos, quod arbitrarentur, valorem impositicium esse de substantia monetæ, siue qualitatem eius essentialem & bonitatem intrinsecam, in qua temp9 contractus attendendum esse, non ambigitur, cum tamen ex dictis in exerc. præced. maxime n. 4. & his, quæ disserit egregie *Faber de var. num. deb. solut. c. 1. & 5.* satis appareat, æstimationem ab hoc aut illo principe nummis peculiariter attributam non esse de substantia monetæ, sed potius accidentalem & intrinsecam, tantoque magis variationi obnoxiam, quanto magis ab intrinseco valore deflectit. Secundò: Quod hic tractetur, de obligatione non pecuniæ in genere debitæ, sed nummorum certi generis, eoq; necesse sit, vt quemadmodum tot eorum in obligatione sunt, jureq; actionis debentur, quot in obligationem deducti fuerunt, ita quæ pro ijs in alio monetæ genere soluitur æstimatio, nõ fit in obligatione, sed in solutione dũtaxat, eoq; nec ad tempus obligationis, sed solutionis referenda, vt præstetur, non quanti illo tempore nummi totidem, quot in obligationem deducti fuerunt, valuerunt, sed quanti hodie valent, *l. fundum, ff. de nouat. l. filiusfam. §. si quia alicui, ff. de lega. 1. l. cum certum, l. Titia, ff. de auro & arg. lega. l. in lege, §. corpora, ff. ad leg. Falcid. l. 3. §. Diui, ff. de jure fisc.* Tertiò: Licet nummi quoad ma-

ad materiæ magnitudinem, puritatem & pondus non sint aucti nec diminuti, nisi tamen totidem post auctum vel diminutum eorum valorem extrinsecum soluantur, futurum, vt creditor longe plus vel minus materiæ consequatur, quam fuisset consecuturus, si tempore contractus fuisset ei solutum, quandoquidem nũmi plures coniunctim ponderati maiorem, pauciores minorem constituunt materię quantitatem: Constat autem cũprimis habendam esse rationem materiæ nummorum, & solutionem ita fieri oportere, vt materiæ bonitatem pondusq; tantum consequatur, quanta illius bonitas, quantumue pondus temp. contractus fuisse dignoscitur, ut ostensum exercit. præc. Quarto, Plerumq; vsuuenire, vt aucto valore extrinseco non aucta puritate nec pondere materię tanto carior fiat materia nummorum debitorum, & vicissim diminuto valore extrinseco, non diminuta puritate pondereq; materiæ, tanto vilior materia debita fiat: Cui9 porro consequens, debitorem aut pl9 aut minus præstiturum, quam debeat, si quidem soluenda esset ea summa, quam nummi tempore obli. conficiebant, non maior, aut minor. Quæ † cũ
2 ita sese habeant, potius erit amplectẽda contraria sententia interpretum communiter concludẽtium, istiusmodi mutationem, quę in valore tantum impositio, nullatenus in materia cõtingit ante moram, non esse in consideratione, nec rationem eius haberi oportere, sed creditori totidem pecuniæ debitæ nũmos solui debere, quot crediti sunt aut promissi, vel si in alia monetæ specie soluatur, solutionis non contractus tempus in æstimatione ineunda spectari oportere, eoque augmentum extrinseci valoris cedere commodo creditoris, prout eiusdem etiam decrementum ipsi nocet, *Host. in c. quanto, de iureiu. Bartol. post Iacob. de Are. in l. Paulus, 99. n. 6. ibid. Cast. nu. 4. & reliqui, ff. de solut. Idem Bart. in l. cum certum, ubi And. Barb. in addit. ff. de aur. & arg. lega. & in l. cum quid, n. 17. vbi Bal. n. 7. Cast. n. 6. Ale. n. 16. dicens* magis veram, *&* magis commu. *Soc. Al. n. 68. Purpurat. n. 165. Butig. n. 30. Cag. n. 64. & 65. ff. si cer. pet. Bart. in l. res in dotem, ff. de jure dot. Fr. Are. in l. quod te, n. 4. ff. si cer. pet. & cons. 11. Andr. de Iser. in c. 1. verb. moneta, ubi Affl. nu. 15. & alij Dd. quæ sint regal. Ferrar. in form. l. belli act. hypo. verb. relaxan. n. 2. Late Boer. decis. 327. qui n. 9.* veriorem *atq;* communiorem *perhibet, prout etiam Br. de augm. monet. partic. 3. n. 4. Petr. de Benint. decis. 39. Socin. iun. cons. 44. n. 9. vol. 4. Ioa. Saporta de mora, c. 3. n. 76. & 77. Seba. Medic. de nouat. p. 2. verb. moneta, Craue. cons. 836. n. 1. & cons. 887. n. 1. vol. 5. Hieron. Gab. con. 164. n. 4. Natta cons. 156. nu. 16. & seqq. to. 1. cons. 454. tom. 2. Gall. lib. 2. obs. 73. n. 9. Tessaur. decis. 174. n. 1. And. Fach. lib. 2. controu. jur. c. 9. Sequuntur &* communem *dicunt Viuius lib. comm. opin. v. moneta pecuniaue. Emanuel Soar. verb. moneta, n. 202. Gab. Rom. lib. 3. t. de sol. concl. 2. n. 1. qui plures alios more suo congerit Ioa. Borc. ad t. quæ sint regal. n. 58. nouissime Ant. Fab. de var. num. deb. solu. c. 5.* qui hanc sententiam, pro qua decem fundamenta *Molin. de vsur. q. 92. n. 703. & seqq.* & alia tria *Cagn. in l. 2. q. 74. n. 214. C. de pact. inter emt. & vend.* adducit, præ cœteris eruditissime tuetur, aduersus aliorum, & inprimis Molinæi obiectiones, ac secundum eam sæpius esse judicatum testatur: & secundum hanc etiam in Camera Imperia. pronunciatum fuit in caussa D. Friderici Meurers Kinder Vormünden/ *contra* die Gemein zu Bechtheim/ an. 91. mense Aug. & in caussa Spolm/ *contra* Eßlingen.

3 Ampliatur ea † primò procedere, siue in oblig. constituenda interuenerit pecuniæ numeratio, ut in contractu mutui, & similibus, siue quæpiam subsit res, pro cuius pretio summa pecun. in oblig. deductæ præstanda sit, vt in venditione, locatione, & id genus aliis, siue citra pecun. reiue interuentum aut respectum pec. promissa fuerit, vt in dotis promissione, stip. & sim. *Dd. loc. rel.* Non n. ista casuum diuersitas hic vllã juris diuersitatem inducere potest, cum rationes, quib. communiter approbata sententia nititur,

peræq; in vnoquoque procedentes idem vbiq; jus exigant.

4 Ampl. 2. vt procedat etiam in obligationibus nascentibus ex dispositione legis, statuti, consuetudinis, concessionis, beneficij a principe indulti, vel sententiæ per judicem aut arbitrũ latæ, secundum ea quæ in præced. exerc. ampliatione prima tradita fuerunt. Cum enim illic interpretes plerique quoad materiæ puritatem pondusq; censeant esse attendendum tẽpus obligationis, & quidem non alia de caussa, quã quod in materiæ puritate põdereq; bonitas intrinseca nũmorum consistit: fieri vero non possit, vt quoad materiam nummorum tempus obligationis attendatur, quin spectari debeat solutionis tempus quoad extrinsecum valorem, si ită repub. siue principe mutatus, nec valor ille de substantia vel bonitate nũmorum intrinseca sit, satis inde patet, quoad eum etiam in obligationibus dependentibus ex caussis prædictis inspiciendum esse solutionis tempus, vel eo magis, cum circa æstimationẽ nummorum ineundam non esse vim faciendam in caussis, ex quibus moneta debetur, censuerit *Molin. ipse de usur. q. 100. in princ.*

5 Amplia. 3. in † obligationibus ex testamento aut alia vltima voluntate dependentibus, in quibus mutato extrinseco valore non testamenti cõditi vel mortis, aut hæreditatis aditę, sed solutionis tempus attendendũ, exigentibus hoc ipsum conclusionis nostræ fundamentis, *Notta post alios consl. 156. n. 16. lib. 1. Anto. Fab. d. tra. c. 21.* qui hanc sententiam, pro qua plures allegat, communem dicit, & innumeris definitionibus approbatam.

6 Ampl. 4. in † obligationibus etjam sub conditione vel in diem conceptis, aut annnis, vt in iis etiam ea nummorum præstetur æstimatio, quæ tempore solutionis fuerit, *per prædicta*.

7 Ampl. 5. Quando † certa summa siue quantitas in obligatione assignatur soluenda in certa nummorum specie, simulq; prouidetur, vt sub eadẽ nummorum æstimatione solutio fiat: nam tunc quoque tot nummi sunt soluendi, quot secundum veterem nummorum æstimationem tempore dispositionis vsitatam efficiunt præfinitam summam, siue quot solui necesse fuisset, si protinus obligationis initio fieri solutio debuisset. Ergo si mutuo dentur trecentæ libræ in aureis, quorum centum tempore contractus libras trecentas efficiebant, pactumq; fuerit adiectum, vt aurei soluantur sub eadem æstimatione, tempore solutionis etiam præfinita quantitas siue summa erit in totidem, nempe centum aureis omnino soluenda: *Ita sensit Bar. in d. l. Paulus, nu. 10. v. sed quid si, cum quo transit Ioa. de Im. n. 2. cum sic declarans, & cæteri Dd. ff. de solution. Anchar. in Clem. fin. de decim. Curt. de monet. q. 11. num. 20.* communem *dicens*: *Brun. d. tr. lim. 8. n. 5. vers. secundo quæritur*, *qui plures alleg. &* communem *perhibet*, *Conar. d. c. 7. §. vnic. conclus. 7. in altero exemplo.* Etsi namq; alias ex eo, quod ad eandem æstimationem contrahentes fieri solutionem voluerunt, nihil minus inferri posit, quam totidem nummos esse soluendos, tamen cum in proposito summa siue quantitas ipsa generalis in dispositione fuerit expressa, quæ per se sola manifestissime posset ostendere, quod solui nummos necesse fuerit, nempe tot, qui præfinitam summam siue quantitatem tempore solutionis efficient, siue constituent: disponens autem siue contrahentes nihilominus vlterius processerint prouidendo siue disponendo de æstimatione sub qua nummi sint soluendi, vtiq; eo ipso suam aperte declarant voluntatem, quod non ad eam æstimationem, quæ per expressionem summæ generalis siue quantitatis alioqui solet induci, vt scilicet tot nummi præstentur, quot præfinitam summam tempore solutionis conficient, solutionem fieri velint, sed ad præsentem, prout hodie tempore dispositionis illi nummi communiter expenduntur & æstimantur, vt totidem pro

summa

summa debita prestari debeant, quod obligationis tempore dictam summā conficiunt, etiamsi forte solutionis tēpore longe pluris aut minoris valituri sint. Idq; vel eo magis, quod alioqui si posterior illa prouisio de nummis sub eadem æstimatione soluendis, hic aliter acciperetur, quasi partes voluerint, vt unicuiq; nummo superueniēs valoris decrementum suppleatur, & augmentum deducatur, vt eandem summam, non eundem numerum nūmorum consequatur creditor, plane frustratoria foret atq; superuacua, nec quicquam operaretur, sed otiosa potius, ne dicam vitiosa, esset mutatis modo verbis repetitio, pręcedentis dispositionis de summa siue quantitate in certo genere nummorum soluenda: quod vt videtur absurdum, sic intentioni seu voluntati disponētis aut cōtrahentium posteriorem illam dispositionem tam solicite adijcientiū nullatenus congruit, cum præsertim unaquæq; dispositio sēper ita in dubio sit
7 interpretanda, ne sit absurda, *l. nam & absurdum, ff. de op. lib. Euerb. in loc. ab absur. Men. con. 177. n. 4. lib. 2.* vel inutilis aut superuacanea, *l. si quando, in pr. ubi Dd. ff. de leg. 1. Me. con. 152. n. 41 lib. 2.* adeoq; nō ipsa modo dispositio, sed & quolibet in ea verbum etiam minimum operari quidpiam debeat, *l. ult. in pr. ubi Dd. ff. si cer. pet. l. hanc legem ff. de contr. emt. Dd. in d. l. si quando, Affl. decis. 44. n. 19. Dec. cons. 2. num. 5.*

8 Ampl. 6. Etiamsi † mutatio valoris ex interuallo demum facta sit, ut interim debitor creditam sibi pecu. verisimiliter expenderit, & consequenter in eodem extrinseco valore, qui tempore contractus erat, vt nec plus nec minus ea summa, quam nummi tunc temporis conficiebant, in rem ipsius versum fuerit, nihilom. totidem nūmos reddere tenetur, quot sunt ei crediti, vel eorum æstim. quę tempore solutionis est, siue pluris tunc, siue minoris valeant, quam tempore contractus valuerint, vt sensere Dd. pro conclusione principali relati, tradit q; præ cæteris *Ant. Fab. d. tr. c. 5.* nec immerito: Præterquam enim, quod rationes conclusionis principalis hoc casu peræque sibi locum vendicant, constat hoc inprimis attendendum adeoq; resarciēdum esse, quantum creditori abest, *l. in perpetuum, ff. de solu.* absunt autem ei tot nummi, quot credidit, non plures, nec pauciores. Quid vero magis rationi juris contrarium, quam spectari, quid commodi senserit debitor, quantumue sit in rem eius versum, cum pecun. creditæ periculum illico transeat in accipientem, & ipsi9 lucro vicissim cedat, si quid emolumenti ex ea possit acquirere. Quod si debitor nummis mutuo datis aliquos addere teneretur vel deducere posset, quia pluris eos vel minoris expendit, quam hodie valeat, vt Molinæ9 æquitate nescio qua deceptus cōtendit, pari certe ratione sequetur, cum cæteris quoq; reb. functionem in genere suo recipientib. aliquid addere teneri vel deducere posse, quādo acceptas pluris vel minoris distraxit, quam hodie valeant: absurdum hoc, igitur & illud. Nec est, quod de iniquitate conqueratur debitor, cū semp. ei sit vno casu profutura, altero nocitura mutatio valoris extrinseci, siue ad nummos totidē, quot accepit, reddendos, siue ad summā, quam nūmi temp. contra. conficiebant, teneri statuatur, vt recte concluserit inde *Fa. d. c. 5.* non ex huius aut illius vtilitate, quæ semper est incerta, sed ex certissima juris ratione, quæ totidem, quot sunt crediti, nummos reddi præcipit, hanc quæstionem esse definiendam.

9 Ampl. 7. Etiamsi † non sit facile verendum, ne valoris augmentum vel decrementum, propediem rursus mutetur siue abrogetur, cum quando tale quid juste verendum est, etiam opinionis contrariæ propugnatores communem admittant, nec illa qualiscunque stabilitas augmenti vel decremēti possit esse tanti momenti, vt propterea potius mutati valoris extrinseci, quā numeri nūmorum sit habēda ratio, taliq; potissimū casu ratiōes, quib. recepta sentētia nititur, habere locum cuiuis eas rite perpendenti liqueat.

Ampl.

10 Ampli. 8. Cum † tot nummi, quot sunt crediti vel promissi, soluēdi sunt, etiamsi cætera nummorum genera pristinum valorem extrinsecum adhuc retineant, multo magis quando monetæ omnes pari proportione in valore impositicio augentur vel minuuntur, fieri solutio debebit ad eundem numerum nummorum, licet majorem vel minorem hodie summam, siue quantitatem efficere videatur, vt non modo sentiunt interpretes pro communi sententia supra relati, verū etiam tenet post alios *Molin. d. q. 92. n. 707. & q. 93. n. 716. vers. minus valet tertia.* Isthæc enim augmentatio vel diminutio diligentius inspecta, non tam vera, seu propria, realis aut effectualis, quam impropria & quodammodo verbalis esse videtur, quandoquidem nulla moneta præ alia siue aliis tali casu minus aut plus in effectu valet, quam ante mutationem valuerit, nec monetæ maiusculæ nummus plures aut pauciores nummos minorum monetarum suo sub ambitu cōplectitur, quam antea fuerit complexus, (omnes enim pari proportione creuisse perhibentur extrinsece, aut decreuisse.) sed mutatio potius fit respectu nominum, siue secundum nomina non tam denotantia certum aliquod monetæ genus, quam valoribus nummorum exprimendis inseruientia, quatenus scilicet in augmentatione maiorem, in diminutione minorem cuiusq; monetæ valorem proportionabiliter exprimunt atq; designant, vt mirum nō sit, huiusmodi mutationis in reali pecuniæ numeratione siue præstatione minime rationem habendam esse. Sed etsi pecunia consideretur, prout in ea fieri solet aliarum rerum æstimatio; *l. si ita fideiussorem, ff. de fideiussor.* certum est; quoties omnes monetæ species extrinsecus pari proportione augentur vel minuuntur, omnium quoque rerum pretia pariter augeri minui, *d. l. 2. C. de vet. numism. pot. lib. 11. quam et post alios declarat Molin. de vsur. q. 93. n. 716. vers. minus valet tertia: refert ac sequitur Couarr. d. c. 7. n. 1. vers. tertio in idem.* Cum igitur pecunia sit eo tantū fine inducta, & in eo vis ipsius vniuersa consistat, vt per eam cœteræ res æstimentur atq; comparentur, *l. 1. ubi Dd. ff. de contr. emt. d. l. si ita fideiuss.* & post huiusmodi mutationem nihilo plus aut minus de rebus acquiratur per totidem nummos, quam per illos acquisitum fuisset ante mutationem, hinc etiam consequitur, ad eundē numerum fieri solutionem oportere; vel eo magis, cum & summa, quam hodie numerus idem nummorum efficit, prorsus in effectu æquipolleat pristinæ summæ, quam totidem nummi efficiebant ante mutationem, licet illa vel minor sit, vel maior, & ex deductis aperte constet, solutionem ad eundem nummorum numerum casū nostro neutri parti onerosam esse, potius vtriq; consulere, ne damnum alterutra sentiat, & inter eas æqualitatem tueri atq; conseruare, ac proinde præferendam esse, *l. 1. ubi not. per Dd. ff. si quis caution.*

Ampli. 9. quando † debita monetæ species, non extrinsecus modo, siue quoad impositicium valorem, sed intrinsecus quoq; mutatur quoad materiam: tunc enim siue materia valorque augeantur vel minuantur æqualiter, constat ex prædictis cum in hac, tum in præcedenti exercitatione, non tam valoris extrinseci mutati, quam intrinseci decrementi vel augmenti rationem haberi oportere, vt quantū bonitati ponderiq; materiæ, quæ tempore obligationis fuerat, superesse vel deesse deprehenditur, tantum in solutione deducendum vel supplendū sit, vt sentit etiam ac præ cœteris notauit *Molin. d. q. 92. n. 707. vers. minus etiam offenditur.* Siue inæqualiter, nec tum quidem valoris extrinseci variatio erit attendenda, tum ob rationes, quibus defenditur sententia communis hic omnimodo procedentes: tum, quia cum constet, regulariter valoris extrinseci mutati non esse rationem habendam, absurdum fuerit existimare, materiæ seu valoris intrinseci mutationem efficere, vt illius ratio sit 11

haben-

habenda, præſertim cum ea vel maxi-
me tale quid impediat: Etenim quia
pari proportione mutatio materiæ,
nec non valoris extrinſeci facta non
eſt, fieri nequit, vt pariter habeatur v-
triuſq; ratio, ſed unius duntaxat au-
gmentum vel decrementum reſpicia-
tur oportet: oſtenſum vero ſuperius,
valoris intrinſeci ſiue materiæ, quan-
do poſt obli. contractam mutatur, de-
crementum eſſe ſupplendum, augmẽ-
tum deducendum: Non igitur ſuper-
ueniens extrinſeco valori augmen-
tum deducere licebit, vel decrementũ
ſuppleri oportebit. Nec id modo ve-
rum, quãdo valor uterq; vel augetur,
vel minuitur, verum etiã quando au-
getur vnus, minuitur alter, cum ratio
nulla ſit, quæ ſuadeat, habendam eſſe
tali caſu rationem valoris extrinſeci,
nõ intrinſeci ſiue materię, ſed ex præ-
dictis neceſſario contrarium ſequatur.

12 Ampl. 10. Etamſi † valor num-
morum maiorum in obl. deductorum
creuerit vel decreuerit propter auctã
vel diminutam bonitatem materiæ
in monetis inferiorib. per quas num-
mi maioris æſtimari ſolent, puta, ſi
Rhenanus aureus tempore diſpoſitio-
nis aut conuentionis 27. groſſos va-
lens, poſtea 28. valere cœperit ob mu-
tationem groſſorum priſtino quidem
valore impoſititio conſtantium, ſed in
materia ſenſim ita diminutorum, vt
attenta ea tempore ſolutionis vix tã-
ti valeant 28. groſſi recentiores, quã-
ti valuerunt 27. groſſorum priorum:
Nihilominus enim totidem aurei,
quot ſunt in obligationem deducti,
non plures nec pauciores ſoluendi e-
runt, aut præſens eorum æſtimatio,
quæ tempore ſolutionis eſt: Ita Dd.
communiter ſtatuunt vt refert *Cra-
uet. conſ. 47. num. 6. vol. 1. & per eum al-
legati*, magiſque communiter eſſe re-
ceptam ſententiam ait *Anton. Fab. d.
tract. de var. num. deb. ſolut. c. 6.* Idque
probatur euidenti ratione, quia valor
nummorum maiorum in effectu ſiue
reipſa non tam fuit mutatus, quam
conſeruatus, quandoquidẽ licet eorũ
quiſque plures vel pauciores nũmos
minutos hodie valeat, iiſdem tamen
æquiualent totidem nummi veteres,
quot tempore diſpoſitionis quilibet
nummorum maiorum valuit: Quare
fieri nequit, ut extrinſeco nummorum
valori, qui in effectu nec augmentum
recepit nec decrementum, ſed idem
remanſit, quicquam prætextu vel
augmenti deducendum, vel decremẽ-
ti addendum ſit. Quod ſi mutatio
valoris extrinſeci nummorum in ob-
ligationem deductorum nequit effice-
re, vt plures aut pauciores, quam ſint
crediti vel promiſſi, præſtari neceſſe
ſit, quanto minus tale quid efficere
poterit mutatio bonitatis aliarum mo-
netarum, quæ nec in obligatione, nec
in ſolutione ſunt: Cumq; non ſit am-
bigendum, quin ſi nummi minores i-
pſimet in obligatione forent, nõ tot-
idem ſoluendi eſſent, ſed eis augmẽ-
tum bonitatis intrinſecæ ſuperueniẽs
deduci liceret, ac decrementũ ſupple-
ri oporteret, per adducta in exer. prę-
ced. certe nec pro maiore nũmo tot-
idem nummi noui minores ſoluendi
erant, quot pro eo veteres ſolui debu-
iſſent. Quod enim in moneta non ad-
mittitur, quando eſt in obl. multo mi-
nꝰ in ea debet aut poteſt admitti, quã-
do pro alia ſoluitur, quippe quam nec
debitor ſoluere cogitur, nec recipere
creditor tenetur, ſi damnum ſit paſ-
ſurus, *l. Paul. ff. de ſol.* Hinc † vero ſimul 13
id conſequitur, ſi pro aureis, aliiſue
nummis maiorib. obligati. compræ-
henſis nummi veteres inferioris mo-
netæ ſoluãtur, tot eſſe pro unoquoq;
præſtandos, quod contractæ obligat.
tempore aureum ſiue maiorem num-
mum efficiebant, non plures, nec pau-
ciores, vt recte tradidit *An. Fab. d. c. 6.*
Quod hactenus admittendum vide-
tur, ſi veteres tanto pluris aut mino-
ris hodie valeant, quãto meliores aut
deteriores quoad materiã ſunt: tunc
enim totidem veteres pluribus aut
paucioribus nouis aureum hodie
complentibus æquiualent. Actſi cum 14
nonis eundem valorem extrinſecum
etiamnum habeant, magis eſt, vt eo-
rum quoq; totidem hodie pro aureo
ſiue

siue maiore nummo in obligationem
deducto, quot noui, soluendi sint: tū,
quod alioqui damnum sensurus esset
creditor, qui non pluris eos, quam no-
uos expendere posset, certiq; iuris, eū
non recipere teneri nummos, qui non
sunt in obligatione, si damnū sit pas-
surus, *l. Paul. 98. ff. de solut.* tum, quia
licet puritate vel pondere materię dis-
crepent á nouis, tamen cum nec vete-
res nec noui sint in obligatione, sed
aurei siue nummi maiores, illius dis-
crepantię ratio nequit haberi, per tra-
dita in exerc. præced. maxime limit 7.
tum, quia monetæ, quæ pro alia solui-
tur, ea saltem attenditur ęstimatio, quę
tempore solutionis est, id quod apud
omnes indubitatum esse ait *Molin. de*
15 *vsur q. 99. n. 744. & q. 100. n. 758.* Quod †
si vsuueniat, vt aureorum valor ex-
trinsecus prætextu deteriorationis
monetarum crescat longe plus, quam
fieri debuisset, puta, si Rhenanus au-
reus tempore dispositionis 27 grossos
valens progressu temporis 29. valere
cœperit, ob deteriorationem grossorū
pristinum quidem valorem extrinse-
cum retinentium, sed in materia sen-
sim ita diminutorum, vt attenta ea
28. recentiores non plus valeant,
quam 27. veterum valuerunt: veri-
us est, prout etiam censent *Fab. loc. præ-
cit.* tot aureos pręstari debere, quot
promissi vel crediti sunt, aut si debitor
velit in æstimatione soluere præsen-
tem æstimationem, quæ 29. grossorū
est, solui oportere. Siue enim respici-
as eam augmenti partem, quæ deteri-
orationi monetarum inferiorum cō-
gruit atq; correspondet, nihil obest
ea, quo minus totidem aurei, vel prę-
sens eorum æstimatio solui debeat, ut
modo fuit ostensum: siue illam, quæ
excedit iustam deteriorationis consi-
derationem, non tam eâ conseruatur,
quam in rei veritate adaugetur valor
aureorum extrinsecus, cuius ante mo-
ram non esse rationem habendam, pa-
tet ex his, quæ initio diximus. Nam-
que si ad eundē aureorum numerum
fieri solutio debet, quando nec ipso-
rum, nec monetarum inferiorum bo-
nitas intrinseca fuit mutata, sed ex-
trinseca duntaxat illorum æstimatio,
quanto magis totidē soluendi erunt,
quando valor illorum demum pro-
pter diminutam harum bonitatem a-
liquanto plus, quam propter superue-
nientem deteriorationem æstimatio
aureorum augeri debuit, creuisse de-
præhenditur.

Ampl. 11. etiamsi † debitum non 16
sit gratuitum, sed vsuræ creditori pro
eo soluantur: nihilominus enim ve-
rius esse videtur, tot nummos esse post
mutationem valoris extrinseci præ-
standos, quot sunt crediti vel promis-
si, vt censuerunt *Cagnol. in l. 2. q. 73. n.
210. C. de pact. inter emt. Nauiz. consil. 88.
n. 16. Anton. Sola in comm. ad decre. antiq.
Sabaud. tit. de pact. inter emtor. nu. 69. i-
demq́; sentire videtur Anton. Faber. d. tr.
c. 11.* nec immerito: Non enim vsura-
rum obligatio siue præstatio potis est
efficere, quo minus isto casu rationes,
quibus assertio communis & receptis-
sima de nummis ad eundem numerū
soluendis nititur, locum sibi vendicēt.
Nec est consentaneum iuri, vt odium
vsurarum, quod earundem obligati-
oni atq; receptioni non officit, in adi-
piscendo emolumento adaucti valo-
ris, quod tam iure, quam natura con-
tractus exigente creditori debetur,
quodq; si nummos non credidisset,
verum in arca retinuisset, omnino
sensurus & habiturus erat, obsit. Quod
si tale augmentum creditori deduce-
retur, minus ille, quam sit in obliga-
tione principali, consequeretur: non
enim tot ille nummos accipit, quot
sunt in obligationem deducti: est au-
tem inconueniens, propter vsuras in
sortem non imputatas obligationi nō
satisfieri, nec integram solui sortem,
cum præsertim certi sit iuris, vsuras
ne quidem illicitas & quidem sorti *mi-
xtas* vitiare sortem, vt Paulus ait *in l.
vsuras illicitas, ff. de vsur.* Contrarium
tamen, quod in debito vsurario siue
pro quo interesse soluitur, augmentū
extrinseci valoris adaucti creditori
deduci liceat, ex antiquioribus tenu-
it Pileus, cuius opinionem amplectū-
tur

tur plurimi, quos allegat *Tessaurus decis.174. n.2.* dicens communem & receptissimā, secundum quam sæpissime judicarit senatus Pedemontanus: Mouentur illa ratione, quod debitor onere duplici, videlicet vsurarum & augmenti præstandi minime grauari, nec ex eadē pecunia creditor duplex lucrum consequi debeat. Sed parum valet isthæc ratio, cum duplex debitoris onus, duplex item creditoris lucrum, licet vnius & eiusdem debiti occasione proueniat, non tamen ex eadem, sed diuersis ex caussis procedat: ex quoniam in proposito concurrunt, quid mirum, effectus æque concurrere. Quin vel ideo non est iniquum, duplex hic lucrum concurrere, quoniam alterum illorum, nempe adaucti valoris emolumentum, est incertum & dubium, cum æque poterit euenire, vt valor decresceret: quo casu, cum sensurus fuerit damnum creditor vsuras recipiens, quippe qui tot nummis, quot sunt crediti vel promissi licet minus valentibus contentus esse cogeretur, naturalis æquitas exigit, vt ipsius etiam sit emolumentū valoris adaucti, *l. secundum naturam, ff. de regul. jur.* Alterum autem, videlicet, lucrum vsurarum, licet ab initio certum fuerit, tale tamē est, ut jure permittente certum esse ab initio potuerit, cum, quia certum est, creditorē debitis aliquandiu caritutum esse nummis, quos nisi credidisset, aut si protinus ipso nascentis obligationis tempore accepisset, interim ex eis forte per negotiationē plus lucri sive commodi percipere potuisset: tum etiā, quia debitor interim nummis ad sui commodum vti potest, multoq; plus inde lucrari, quam sint vsuræ creditori debitæ. Deniq; cum admittant, quando nominatim agitur, vt totidem nummi reddantur, superveniens valoris augmentum, ne quidem ei, qui sub vsuris credidit, esse deducendum, *Tessaur. d. decis. 174. n. 6. vers. limitatur,* & à contrahentibus tacite actum intelligatur, vt ad eundem numerum soluatur, quippe natura contractus hoc ipsum requirente, vsq; taciti in his, quæ naturam contractus concernunt, sit eadem quæ expressi, *Dd. in l. cum quid, ff. si cert. pet. Dec. in l. expressa, n. 10. vbi reliqui, ff. de reg. jur.* vel hinc apparet, non magis ei augmentum valoris extriuseci deduci posse, quando non fuit expresse dictum, vt totidem nummi reddantur citra respectum supervenientis in extrinseco valore mutationis, quam cum tale quid expresse cautum reperitur, *arg. d. l. cum quid, & ibi not. ff. si cert. pet. l. triticum, ff. de verb. oblig.*

Limitanda vero primùm, ne procedat, quando lege vel statuto cautum, vel etiam consuetudine fuit inductum, vt mutato debitæ monetæ valore, ad eandem summam, non ad eundem numerum solutio fiat: Non enim est dubium, talem principis, populi vel ciuitatis dispositionē valere, per adducta in præcedentis exercitationis limit. 4. latiùsq; patet etiam ex traditis per Dd. allegatos a *Bruno de augme. lim. 3. 6. & 9. & Gab. Rom. lib. 3. t. de solut. concl. 1. n. 22. & 30.* Quin eo minus hac de limitatione ambigendū, cum interpretum plurimi, hoc jure ciuili constitui posse, vsq; adeo indubitatum habuerint, vt valore mutato ad eandem summam solutionem oportere fieri, juris quoque communis dispositioni omnino consentaneum esse contenderint, prout initio dictum. 17

Limit. II. Cum ex ipsa conuentione sive dispositione non obscure apparet, voluisse disponentem sive contrahentes, vt eadem summa seu quantitas præstetur, sive nummorū in obligationem deductorum valor creuerit, sive decreuerit: tunc enim superveniens nummis debitis valoris augmentum, quippe summam excedens, deducitur, & eiusdem decrementum, quia summam diminuit, suppletur, vt post alios tradit *Ant. Fab. d. tr. s. 5.* Partium namq; summam potius quam nummorum numerum attendi cupientium voluntas pro lege seruanda, *§. disponat, in auth. de nupt. l. 1. ff. de consti. pecu. l. 1. §. si conueniat, ff. depos. l. contractus ff. de regul. jur. c. contractus, d. t. in 6. cum* 18

concor. Couarr. tr. vet. coll. numism. c. 7. §. vn. n. 5. in princ. satisq; patet, cum per sese, tum ex traditis in exerc. præced. lim. 5. Proinde licet ad eandem summam sive quantitatem complendam hodie plures nummi, quam sint crediti, requirantur, & debitor, qui secundum conuentionem in eodem genere nummorum tenetur integram summã soluere, plures quam acceperit, pręstare cogatur, non tamen re videtur in plus contracta obligatio, quam sit ei numeratum, cum in minore nummorum numero tanta fuerit ei præstita sive numerata summa, quantam non nisi maior illorũ numerus hodie conficit, & aperta contrahentium conuentio de reddenda eadem summa sufficienter ostendat, illos eam summã potius, quam numerum nummorum in obligationem deduxisse, nummosq; non tam quatenus tot numero sunt, quam quatenus eam, de qua cõueniunt, summam in rei veritate conficiunt, credidisse. Nec requiritur, vt ex verbis dispositionis aut conuentionis liqueat, partes mutationis extrinseci valoris in moneta rationem haberi voluisse: sufficit enim, si talis earum voluntas ex alijs probabilibus conjecturis verisimiliter appareat, vt patet ex traditis per *Aret. cons. 112. in pr. Calcan. consil. 15. n. 48. circa fin. Crauet. consil. 836. n. 2. & seqq. lib. 5.*

19 Limit. 3. Quando pecunia in genere debetur, quantitati sive summæ debitæ nihil addi oportebit, nihil etiam detrahi poterit propter interuenientem in monetis valoris extrinseci mutationem. Cum enim nummi certi generis in obligationem deducti non fuerint, nemo non intelligit, id genus nummorum, qui postea soluuntur, in obligatione non esse, sed in solutione duntaxat, & consequenter nõ esse tot pręstandos, quot solui necesse fuisset, si tempore nascentis obligationis solutio facta esset, sed quot hodie summam pecuniæ tempore dispositionis asignatam conficiunt: Generaliter enim verum est, spectandum esse tempus solutionis, non obligationis, quoties id quod soluitur, in solutione tantum est, non in obligatione, *vt post Molin. de vsur. q. 99. n. 744. tradit Ant. Faber d. tr. c. 21.* idq; vel eo magis, quod summam sive quantitatem obligatione contentam, cum sit ad nullam pecunię speciem restricta, semper eandem remanere necesse est, quantumcunq; mutentur monetæ, *prout hoc præ cæteris notarunt Curt. Iun. cons. 24. n. 6. vers. accedit ad confirmationem, & Menoc. cons. 49. n. 14. vers. 2. vel ex eo, & n. 22. vol. 1.* & liquet ex traditis in exerc. præc. lim. 3. vt proinde nõ plus, nec minus, quam sit pręfinita summa, solui debeat, *per prædicta.*

Limit. IV. Quando nominatim fuit 20
asignatum, quantum quisq; nummus valeat, puta, si promittantur centum aurei ad rationẽ sive æstimationẽ 27. grossorum pro quolibet aureo: Namq; sive postmodum decrescat valor asignatæ monetæ, tenebitur debitor illam summam, quam asignata in obligatione æstimatio monetæ cõstituit, nihilominus integre persoluere: Sive adaugeatur, tenebitur debitor vltra summam, quam asignata in dispositione monetæ ęstimatio conficit, nihil amplius exoluere: Vnde si debitor in præfinita monetæ specie soluat, eo pauciores nummos dando liberabitur, quo plus illius monetæ valor creuerit, dummodo tot præstet, qui summam ex dispositione resultantẽ conficiant: & rursus eo plures pręstare tenebitur, quo plus eiusdem monetæ valor decreuerit, cum liberari nequeat, nisi prædictam summam compleat, integramq; soluat. *Anch. in Clem. vlt. de decim. Ferrar. in form. libel. in act. hypothec. verb. relaxand. n. 3. Aretin. consil. 84. diligenter. Barbat. cons. 19. vol. 4. Socin. cons. 298. n. 2. Crauet. cons. 887. n. 2. vol. 5. Grammat. consil. 12. nu. 44. & 49. lib. 1.* communem *dicens. Curt. de monet. q. 3. maxime n. 14. Brun. d. tr. lim. 8. q. 3. n. 6. Molin. de vsur. q. 97. n. 733. cum seqq. Couarr. d. c. 7. §. vn. n. 5. Tiraq. de retr. consang. §. 1. gl. 18. n. 26. & 28. Gabr. Rom. d. concl. 2. n. 11. & 12. Anton. Sola ad decr. antiq. Sabaud. t. de pact. inter emt. nu. 75. & 78. Petr. Gregor. in syntag. lib. 36. c. 2. n. 27. Anton. Faber d. tr. c. 2. & 16. Tausaurus decis. 174. n. 6. Ioan. Borch. in c. vn. n. 60. quæ sint regal.*

idq; cumprimis ea ratione, quia nummi non sunt in obligationem deducti, nisi sub valore nominatim assignato: proinde sicut in eodem genere nummi, ita etiam ad eundem valorem solui debent: Atqui si subsequens valoris incrementum non esset in illorum solutione deducendum, nec decrementum supplendum, non ad eundem valorem solueretur, sed valorem creditor vel maiorem esset habiturus, vel minorem: Quocirca dispositio nominatim continens, quantũ quisq; nummus valeat, non aliter intelligi potest ac debet, quam soluendos esse nummos cum deductione supervenientis augmenti, vel suppletione succedentis decrementi circa valorem extrinsecum. Deinde si postquam valor monetæ creuit aut decreuit, pauciores aut plures nummi soluendi non essent, quam ante valoris mutationem solui oportuisset, plus vel minus in quolibet nummo præstaret debitor, & acciperet creditor, quam conventum sive dispositum fuerat, quandoquidem nummus quisq; plus vel minus hodie valet, tantumq; in rei veritate prestatur & accipitur, quantum quisq; nummus communiter valere dignoscitur: quia vero plus vel minꝰ in quolibet nummo prestari & accipi, plane dispositioni refragatur & aduersatur, consequitur, in proposito deducendũ esse augmentũ, supplendumq; decrementum. Præterea si disponens sive contrahentes voluissent, pauciores aut plures nummos post valoris mutationẽ non esse soluendos, quam ante solui oportuisset, vtiq; valoris expressionem tam sollicite non subjecissent, quæ non tantum plane superuacua & frustratoria foret, nihilq; operaretur, verũ etiam sensum dispositionis intricaret & obscuraret: Quando namq; valor non attenditur, siue crescat, siue decrescat, quorsum opus est eius expressione, quæ potius innuit & indicat, augmenti vel decrementi rationem haberi oportere. Sed ea posthabita de totidem nummis (quod vno aut altero verbo clarissime simul & commodissime fieri poterat) prestandis cauissent, eoq; modo suam voluntatem aperte declarauissent. Adde quod partes nominatim adijciendo certum valorem, videntur cogitasse de mutatione valoris in moneta, quæ postmodũ incidere possit, ac proinde prospicere sive præcauere voluisse, vt in omnem euentum computatio fiat secundum valorem in obligatione determinatum, & sic vtraq; pars seruetur indemnis, cum quæcunq; tandem inciderit valoris mutatio, debitor quidem nihil vltra valorẽ sive summam illo valore constitutam soluere compellatur, creditor autem semper integram summam adipiscatur, *Molin. d. q.97. n.734.* Insuper dispositio, de qua loquimur, cum simpliciter incipiat a certa monetæ specie, puta, ab aureis centum promissis ad rationem siue æstimationem 27. grossorum pro vnoquoq;, nihil opus est ad numerum nummorum recurrere, cum ex adjecta valoris determinatione manifestissime summa soluenda colligi possit, ac debeat, vt proinde non minus in ea contineatur, ac per eam denotetur, quam si verbis peculiaribus expressa foret, siquidem nil refert, verum ex æquipollentibus fiat, *l. certum, vbi Dd. ff. si cert. pet. cum simil.* Denique cum in obligatione quisq; nummus certo valore fuerit æstimatus, & in dubio ęstimatio importet emtionem, *Bald. & Salic. in l. quoties, l. cum ante, l. si inter, C. de jure dot. & est communis opinio secundum Boer. d. decis. 327. n. 11. ad quam plures allegant Tiraq. de retr. consang. §.1. gl. 14. n. 20. & Paris. consil. 81. n. 10. vol. 3.* vtiq; augmentum sive commodum, ac rursus decrementum sive detrimentum in æstimatis nummis postmodum eveniens ad debitorem, non ad creditorẽ pertinebit, *l. plerumq;, cum l. seq. l. si mancipia, ff. de jure dot. cum simil.* Contrariũ † tamen 21
tenent *Boer. d. decis. 327. n. 3. 10. & 11. & Ioo. Bologn. consil. 11. n. 42. & seqq.* existimantes illa dispositione hoc potius actum videri, vt citra deductionem augmenti, & suppletionẽ decrementi superuenientis nummus quilibet in eodẽ valore, qui fuit expressus, non autem pluris vel minoris, vti forte

ſolutionis tempore valiturus eſt, in ſoluendo expendatur, cum præſertim valor aſsignatus, ſi in eodem nummi expendantur, numero nummorum perque appoſito aptiſsime congruat atq; correſpondeat, & quantũ quiſq; nummus valeat, non autẽ quantam ſummam conjunctim omnes conficiant, in diſpoſitione fuerit expreſſum, illaq; æſtimationis adjectio potius facta videatur cauſſa declarationis ſive demonſtrationis, ad differentiam forte nummorum alterius generis eodem nomine gaudentium, ſiquidem verba in dubio demonſtratiue potius, quam diſpoſitiue ſive reſtrictiue prolata cenſentur, *l. quidam teſtamento ff. de lega. 1 l. vlt. §. Titia, ff. de liber. lega. Bart. in l. cum pater, §. menſe, ff. de lega. 2. & in l. nam quod liquida, ſub fin. ff. de penu lega. Crauet. poſt alios conſil. 301. n. 5. vol. 2.* Addunt, contrahentes illam expreſsionem cum myſterio feciſſe, vt oſtenderent, non eſſe rationem habendã augmenti vel decrementi forte ſubſecuturi, ſed eo non attento nummos totidem ſoluendos, quot ſolui ante valoris mutationem oportuiſſet. Verum iſthæc interpretatio ſive opinio tuta non eſt, cùm ob rationes prius aſsignatas, tum etiam, quia partes in dubio potius æſtimationi communiter receptæ & vſitatæ conformare ſeſe, quam contra eam quidpiam inducere voluiſſe videntur, *l. ſi ſerui, vbi Dd. C. de noxal. Natta conſil. 582. n. 17. to. 3.* vel eo magis, cum admiſſa priore ſententia ſeruetur vtrumq;, vt & ad rationem ſive æſtimationem in diſpoſitione expreſſam exactiſsime ſoluatur, & nihilominus in vſitato valore nummi, vt par eſt, expendantur. Conſtat autem, ſemper eam in dubio præferri oportere interpretationem, per quam vtriq; caſui ſatisfiat, *l. adoptiuus, §. 1. in fi. ff. de ritu nupt. Bald. in l. honor. C. qui admitti, Crauet. conſil. 301. n. 4. vol. 2.* & vtriq; parti conſulatur, *l. 1. in fin. vbi Caſtr. & reliqui Dd. ff. ſi quis cautíon. Natta conſil. 573. n. 15. tom. 2.* quæq; pleriſq; vel omnibus eam diſpoſitionem concernentibus ex æquo competat, *l. jam hoc jure, ff. de vulg. & pup. l. quamuis, C. de im-pub. & alijs ſubſt. Crauet. conſi. 20. num. 12. vol. 1.* Numerus autem nummorum, ſi maxime congruat ei valoris determinatio, tamen poſtquam propter auctum vel diminutum ſucceſſu temporis valorem non amplius ei ſummæ quadrat, non eſt in conſideratione, nec præferri ſummæ poteſt, *per prædicta.* Quin eo minus in propoſito numerus attendetur, quo magis apparet, cum fuiſſe expreſſum propter ſummam ſoluendam ſive quantitatem pecuniæ debitam, de qua vix poteſt alioqui conſtare, quando ſola moneta ſine ſumma generali quantitatis expreſſa fuit, prout caſu noſtro frequentius fieri ſolet. Ac licet non exprimatur, quantam ſummam conjunctim omnes nummi conficiant, ſumma tamen eorum ſive quantitas ex determinatione valoris in vno, manifeſtiſsime patet atq; colligitur. Tantum vero abeſt, ex eo, quod exprimitur, quantum quiſque nummus valeat, inferri quicquam contra priorem ſententiam, vt potius hinc aperte confirmari videatur, ſiquidem cum adijciatur, quantum quiſque nummus valorem habere debeat, & propter ſuperueniens decrementum tanti non amplius valeat, haudquaquam ſatisfiet obligationi, niſi ſuppleatur, quod in vnoquoq; nũmo valori deeſt, vt integer idemq; ſit cuiuſq; nummi valor, qui fuit in obligatione nominatim aſsignatus: E diuerſo ſi nummus quiſq; maiorem aſsignato valorem habere cœperit, quod in vnoquoq; ſupereſt, ſive excedit valorem aſsignatum, jure merito detrahi ſive deduci poterit, tam ob naturam contrariorum, quam per regulam *l. ſecundum naturam, ff. de reg. jur. cum concor.* Nec præſupponimus, ambiguum eſſe nomen, quo monetæ genus expreſſum fuit, vt ad euitandam æquiuocationem neceſſe fuerit declarationis gratia determinationem valoris adjcere. Adde quod iſta valoris determinatio diſpoſitioni nondum perfectæ inſeri conſueuit in eadem oratione, quo caſu taxationis potius in dubio ſive reſtrictionis, quam

quam demonſtrationis cauſſa cenſetur addita, *l. ſi ſic. §. 1. l. ſi ſeruus, §. qui quinq́., ff. de lega. 1. Bald. in l. quidam teſtam. in pr. vbi Ioa. de Imol. Caſtr. & reliqui, ff. de lega. 1. Natta conſil. 34. n. 5. & 6. to. 1.* Deniq; myſterium illud, quod æſtimationis expreſsioni affingunt, ei plane refragari, ex prędictis eſt manifeſtiſsi-
22 mum. Poterit † tamen huic poſteriori ſententiæ locus eſſe, quando ſimul actum fuit, vt ad eundem numerum ſolutio fiat nummorum æſtimatorum, vt erudite contra Molinæum diſſeruit *Anton. Faber d. trac. c. 2.* qui eandem tum quoq; ſuſtinet, cum æſtimatio ſic inſeritur diſpoſitioni ſive conuentioni, vt præcedat obligationem, & ad creditū ipſum referatur potius, quam ad ſolutionem, ſive ad factum creditoris potius, quam debitoris, puta, ſi dicantur mutuo dari centum aurei ad rationem 27. groſſorum pro quolibet aureo, quos debitor promiſerit, ſeſe poſt annum ſoluturum eſſe in eiſdem ſpeciebus: tali namq; caſu nō abſq; ratione videtur præſumendum, potius demonſtrationis, quam taxationis gratia æſtimationem fuiſſe inſertam. proinde totidem, quot ſunt crediti, nummos eſſe pręſtandos, cum ad nummos reddendos ſimpliciter ſeſe debitor aſtrinxerit, non autem fuerit actum, neq; dictum, vt ſecundum æſtimationem temporis contractus, qua crediti fuere nummi, ſolutio fiat, eoq; nec tale quid contrahentes voluiſſe pręſumi queat, contrarium potius, quoniam obligatione de nummis reddendis ſimpliciter concepta, conſtat ex antea dictis, tum juri communi, tum naturæ contractus eſſe cumprimis conſentaneum, vt nec plures, nec pauciores, quam crediti fuerint, nummi præſtentur. Deniq; tolerabilius eſt, ſuperuacuam demonſtrationem potius admittere tollendę omnino dubitationis gratia, quam de verborum ad obligationis quodammodo ſubſtantiam pertinentium vi & poteſtate quicquam detrahere, vt ait *Anton. Fab. d. c. 2.*

23 Limit. V. quando obligatio ſive diſpoſitio incipit ab expreſsione ſummæ ſive quantitatis, cui demum ſubjuncta eſt certa monetæ ſpecies, puta, ſi trecentæ libræ promittantur in aureis: nam tunc quoque nec plus nec minus ea ſumma ſive quantitate ſoluendum venit in aſsignata monetæ ſpecie, quantumvis dictæ ſpeciei valor creuerit vel decreuerit: Ita tenuere tam ij, qui ſententiam receptiorem, quam qui contrariam ſequuntur, inprimis *Bartol. in d. l. Paulus, 99. n. 10. cum quo tranſit ibid. Ioa. de Imol. n. 2. & reliqui, ff. de ſolut. Bald. in c. quanto, n. 8. vbi Panor. n. 15. & alij, de jureiur. Petr. Anch. in Clem. vlt. de decimis, Ferrar. in form. libell. act. hypoth. verb. relaxand. n. 3. verſ. ſed quid ſi. Curt. de monet. q. 11. n. 27. & 28. dicens* communem, *Crauet. conſil. 836. n. 1. vol. 5. Pet. Greg. in ſynt. jur. lib. 36. c. 2. n. 27. Albert. Brun. de augm. mone. partic. 5. n. 6. & lim. 8. n. 4. & 5.* magis communem *perhibens atq́.* veriorem: *idemq́. teſtatur Couar. d. tr. vet. colla. numiſ. c. 7. §. vn. n. 5. verſ. nona concl. Vinius lib. commun. opin. verſ. moneta variata. Gabr. Roma. lib. 3. d. t. de ſolut. concl. 2. n. 13. & ſeqq.* Eſt enim nominatim & peculiariter expreſſa ſumma, quam omnino ſolui diſponens ſive contrahentes voluerunt: Vnde ſi maxime valor monetæ ſoluendæ decreuerit, debita ſumma nihilominus erit præſtanda, alioqui ſi non integre ſolueretur, non ipſa ſed alia minor ſumma foret ſoluta. Quod ſi valoris decrementum nequit hic efficere, vt ſit minus debita ſumma præſtandum, certe nec valoris incrementum poterit efficere; vt ſit plus illa ſumma pręſtandum, *l. vlt. §. vlt. ff. de lega. 3. l. penul. C. de ſolut. juncta l. ſecundum naturam, ff. de reg. jur. cum ſimil.* Sed & certa monetæ ſpecies non alio fine videtur adjecta, quam vt oſtendatur, in ea fuiſſe creditum, vel vt in eadem quantitatis ſive ſummæ ſolutio fiat: quantum namq; pecuniæ ſoluendum ſit, ex præmiſſa quantitatis expreſsione peculiari ſatis conſtat. Iam ſi propter decrementum vel incrementum valoris monetæ maior minorve ſumma, quam fuerit in obligationem de-

 ducta;

ducta, pręstanda foret, procul dubio
certæ monetę speciei aſsignatio egre-
deretur illam diſponentis ſive con-
trahentium intentionem contra *l. non*
24 *omnis. ff. ſi cert. pet. & ſimil.* Denique † ſive
ſimpliciter in obligatione referatur,
numeratas eſſe trecentas libras in cer-
ta nummorum ſpecie, conſtat, ſum-
mam eſſe in obligatione, non item
nummos dicti generis, *l. ſi quis ſtipula-*
tus, ff. de ſolut. proinde ſummā dunta-
xat, quæ fuit in obligationē deducta,
non maiorem, aut minorē, peti poſſe,
pręſtariq; debere, ſive monetæ, quæ
credita fuit, creuerit valor, ſive decre-
uerit, quandoquidem in eo quod ſol-
uitur, & in obligatione non eſt, ſolu-
tionis, non obligationis tempus ſpe-
ctatur, vt ſæpe dictum. Siue tacite vel
expreſſe id agatur, vt ſumma ſoluatur
in nummis certi generis, peti quidem
poterit, vt ſumma præſtetur in dictis
nummis, attamen cum nummi nō per
ſeſe, verum pro ſumma primario &
principaliter in obligationē deducta,
quatenus eam conſtituunt, pręſtandi
ſint, ne tum quidem anterius contra-
ctæ obligationis, ſed pręſens ſolutio-
nis tempus attendendum, eoq; nec
plures, nec pauciores nummi, quam
quot hodie ſummam debitam conſti-
tuunt, ſoluendi erunt, *l. fundum, ff. de no-*
uat. notatq; poſt alios Brun. d. limit. 8. n. 5.
25 Et † hæc quidem limitatio ſine dubio
procedit, quando monetæ certū ge-
nus numero nō appoſito fuit aſsigna-
tum: ſiquidem vbi deeſt numerus, pro
determinatione recurrendum ad prę-
poſitam ſummā ſive quantitatem, vt
tot nummi ſoluantur, quot illam ſum-
mam conſtituunt, attento ſolutionis
tempore ſecundum ea, quæ poſt alios
tradit *Couarr. d. c. 7. §. vn. n. 5. verſ. octaua*,
26 *concl.* At † cum numerus etiam num-
morum fuit expreſſus, qui tempore
ſolutionis non amplius præpoſitæ
ſummæ congruat, ambigitur, eadem
ſumma potius, an idem nummorum
numerus præſtari debeat? Sunt enim,
qui totidem nummos eſſe ſoluendos
cenſent, idq; propter euidentem di-
ſponentis ſive contrahentium volun-
tatem, cum qui tot ſibi nummos ſolui
vult, neutiquam pendere velit à fu-
turo valoris augmento vel decremen-
to, ſed malit eſſe certus de numero
nummorum ſoluendorum, *Crauet. con-*
ſil. 46. n. 1. 2. vol. 1. Gab. Roma. d. 8. de ſolut.
concl. 2. n. 10. Sed quod ſit eadem ſum-
ma pręſtanda, tenet præ cœteris *Mar-*
tin. Laud. de monet. nu. 30. verſ. præterea
contr. Albert. Brun. d. tr. limit. 3. ferme per
tot. Carol. Molin. de vſur. q. 96. Pro his
rationes modo conſideratæ militare
videntur. Inſuper illud etiam, quia
monetæ ſpecies ſub certo numero ex-
preſſa videtur propter ſummam ſive
quantitatem prępoſitam, vt hæc in
illa ſive per illā ſoluatur: proinde cum
res eo deuenerit propter ſuperuenien-
tem illius monetæ in extrinſeco valo-
re mutationem, vt aſsignatus num-
morum numerus ſummæ non ampli-
us correſpōdeat, ſed vel excedat eam,
vel ſit ea minor, eoq; fieri non poſsit,
quin admiſſo vno remoueatur alterū:
vtiq; neceſſe eſt, numerū ſummæ po-
tius, quam hanc illi cedere, *l. cum au-*
rum, §. perueniamus, cum l. ſeq. ff. de auro
& arg. lega. §. ſi tamen, §. litera, cum §. ſeq.
inſt. de rer. diuiſ. Nec eſt, quod vrgean-
tur verba, cum illa eandem ſummā,
non maiorem aut minorem ſoluendā
eſſe, omnino denotare, adeoq; num-
morum numerum hactenus exprime-
re videantur, vt tamen eundem ſum-
mæ in huiuſmodi nummis ſoluendæ
ſubijciant. Cumq; is, cui ſolui debet,
ab augmento vel diminutione futuri
temporis pendere noluerit ſecundum
aſſertionem Gabrielij, nihil magis vo-
luiſſe vel expetijſſe videtur, quam vt
eadem ſibi ſumma ſoluatur, ſiquidem
tali ratione nec per ſubſequens valo-
ris extrinſeci decrementum in mone-
ta, quicquā decedit, nec per augmen-
tum eiuſdem accedit, ſed in omnem
euentum eſt indemnis & extra peri-
culi aleam, vt tantam ſemper ſummā
ſit adepturus, quantam deduxit in
obligationē, cum è diuerſo ſi totidem
numero nūmi ſoluendi forent, prorſus
incertum eſſet, & ab euentu futu-
ro plane dependeret, quantum ſit
adeptu-

adepturus creditor, quia si postea crescat valor, plus debita summa, si decrescat, longe minus eadem perce-
27 pturus esset. Ego † vero in proposito plurimum referre arbitror, ad factum creditoris referatur numerus nummorum, an ad incumbentem debitori solutionem: Cum enim ad factum creditoris refertur, quod fieri tum censetur, cum in dispositione siue conuẽtione perhibetur ex caussa mutui, dotis aut alia, quæ redditionem quandoq; solet importare, creditã siue numeratam esse summam in tot nummis, nec quicquam adijcitur siue cauetur de solutione, cum Molinæo Brunnq; verius arbitror, eandem prȩstari oportere summam, prout etiam censuit *Ant. Fab. de var. num. deb. solut. c. 8.* Quamuis n. tot nummi dati fuerint, quot cõmemorantur, nõ tamẽ ipsi per sese, nedum totidem nume. fuerunt in obli. deducti, sed summa siue quantitas illa, quam totidem nummi tempore obligationis constituebant, quãve disponens siue contrahentes omnino solui voluerunt, nec aliam ob caussam nummorum numerus exprimitur, quam vt ostendatur, summam in eis fuisse creditam, vt proinde non ad totidem nummorum, sed eiusdem summæ præstationem obstrictus esse queat. Rursus quia nihil dictum, neq; cautum reperitur de solutione totidem nummorum, consequens est, vt omissum à partibus, intelligatur dispositioni juris communis relictum: quoties autem summæ in obl. deductæ non idẽ solutionis temp. correspondet nũmorum numerus, qui temp. oblig. ei congruebat, constat, de jure communi tot solui nummos oportere, quot hodie, nempe solutionis temp. summã debitam complent; non autem quot obli. temp. ipsam constituebant, *l. filiusf. §. si quid alicui, ff. de leg. 1. l. cum certũ, l. Titia, ff. de aur. & arg. lega. l. 3. §. Diui, ff. de jure fisci, cum sim.* Deniq; nummi, quotquot crediti fuerunt, cum per summã principaliter obl. comprætensam æstimati credantur, *Bart. Bald. & cæteri Dd. locis antea rela.* venditi censentur pretio dictæ summæ, *l. plerumq. §. si ante, & §. inde, ac jure dot.* & consummata semel venditione non amplius quærendum est, quid venditum sit, sed quantum prætij nomine debeatur, adeoq; liberatur debitor æstimationis præfinitæ solutione, siue plus valere cœperit vendita per æstim. res, siue minus, *l. quoties, ubi D I.C. de jure dot. & sim.* At cum ad solutionem numerus nummorum refertur, verius esse videtur, tot præstari nummos oportere, quot expressi fuerunt, siue minorem hodie, siue maiorem, quam sit assignata, summam constituant, *vt recte censuit post alios Fab. d. c. 8.* tum, 1. propter evidentẽ contrahentium voluntatem, qui cum aperte declarauerint, quot pro summa in obligationem deducta solui nummos velint, eorum voluntati jure merito standum, *l. in conuẽt. ff. de ver. sign.* Tum, 2. quod eo ipso, quoniam solutioni certus nummorum numerus præstituitur, id agitur, ne valoris extrinseci nummorum deinceps adaucti vel diminuti ratio habeatur, quod tamen fieret, si nec plus nec minus assignata summa soluendũ foret, siquidẽ propter augmen. valoris pauciores, propter decrementum plures nummi soluendi essent. Tum, 3. quia tot nummos, quot crediti sunt, reddi oportet, etiamsi non sit dictum, siue cautũ, totidem nummos esse reddendos: multo magis igitur, quãdo nominatim promittitur, siue cauetur, vt nummi tot soluantur. Tum, 4. quia cũ caueatur, vt nummi tot pro summa in obl. deducta soluantur, utiq; tot nummis hæc à contrahentibus æstimatur atq; venditur, & consequenter, quot nummis ea fuit æstimata, tot pro ea præstandi erunt, non plures, nec pauciores: Tum, 5. quia cum debitor sese ad summã in tot nummis præstandam astrinxerit, creditor non minus post, quam ante mutationem valoris extrinseci nũmorũ jure agere siue petere potest, ut sibi summa in tot nummis prȩstetur, ac proinde ad eandem in tot nummis præstandam reus venit condemnandus, eoque nec liberari potest, si eam in paucioribus offerat, uti nec teneri potest, vt plures pro illa soluat,

Tum. 6. quod obligatio ad ſummam
in tot nummis præſtandam duo com-
plectitur, vnum, vt ſumma non in
qualibet moneta, ſed in nummis ge-
neris illius præſtetur, alterum, vt præ-
ſtetur in tot nummis, quot exprimun-
tur: Quamuis igitur ſatisfiat obliga-
tioni quoad illud, quando ſumma de-
bita præſtatur in nummis generis il-
lius paucioribus quam ſint expreſsi,
non tamen quoad alterum, quod cũ
peræque ſit implendum, reſtat, vt tot-
idem, quot exprimuntur, ſolui debe-
ant. Nec his obſtant rationis prius al-
latæ. Namq; ſummam præſtari quidẽ
voluerunt contrahentes, ſed in tot
nummis, quot ſunt expreſsi: quos nõ
niſi quam diu retinent eundem valo-
rem extrinſecum, ſummæ congrue-
re, cum non potuerint, ignorare pa-
tet inde, voluiſſe illos, vt citra dedu-
ctionem augmenti & ſuppletionem
decrementi ſuperuenientis præſten-
tur in eo valore, quo totidem nummi
ante æſtimationis mutationem ſum-
mæ creditæ ſiue promiſſæ æquiuale-
bant. Nec alio fine numerus nummo-
rum ſoluendorum exprimitur, quam,
vt pro ſumma totidem ſoluantur, cũ
alioqui, ſi cõtrahentes hoc noluiſſent,
non modo ſuperuacua, ſed & vicioſa
vel inepta foret numeri, quem obſer-
vari nollent, expreſsio. Summa ve-
ro, licet in obligatione ſit, non tamẽ
ſola, ſed cum neceſsitate ſoluendi eã
in tot nummis: hæc enim cum ſit im-
poſita debitori per obligationem, ne-
gari vix poteſt, quin vltra ſummam i-
pſa quoq; ſit in obligatione, *§. 1. inſti.
de oblig. Anton. Fab. d. tr. c. 8. & c. 16.* Ac
licet ſumma numero nummorum vi-
deatur eſſe principalior, non tamen
caſu noſtro numerus ei cedere poteſt,
cum propter apertam conuentionis
legem, quæ ſummæ ſolutionem in tot
nummis exigi: tum propter æſtimati-
onem ſummæ tot nummis factam,
poſt quam non quid æſtimatum, ſed
quantum æſtimationis nomine præ-
ſtandum ſit, in ſolutione quæritur, *l.
quoties, C. de jure dot.* Vt omittam, etſi
numerus ſummæ non amplius cor-
reſpondeat, tamen eundem probe
congruere, ſi obligatio, vt par eſt, ad
tempus mutationem valoris antece-
dens, quod reſpexerunt contrahen-
tes, referatur: & eam fieri, præferri-
que debere cõſtat interpretationem,
qua vitium diſpoſitionis excluditur,
quaue non minus vnum, quam alterũ
obligatione compræhenſum ſuſtine-
tur, *l. adoptiuus, §. 1. in fin. ff. de ritu nupt.
l. jam hoc jure, ff. de vulg. & pupill. l. quam-
uis, C. de impub. & aliis ſubſt.* Referri † ve- 28
ro cenſetur numerus nummorum ad
ſolutionem, non modo quando ſolu-
tionis tot nummorum nominatim in
obligatione fit mentio, verum etiam
quando ſine vlla ſolutionis mentione
ſimpliciter in obli. deducitur ſiue pro-
mittitur ſumma in tot, puta centum,
nũmis: Quamuis enim ſoluendi ver-
bum non fuerit expreſſum, tamen
ſubaudiendum, ſiue numerum num-
morum ad ſolutionem referendum
eſſe, patet, cum ex *d. l. ſi quis ſtipulatus,
ff. de ſolut.* tum etiam ex eo, quia refer-
ri nequit ad creditoris factum ſiue
cauſſam obligationis, quoniam pro-
miſsioni ſummæ ſubijcitur & impli-
catur: imo nec ad obligationem,
quippe in quam ſumma duntaxat per
ſeſe deducitur, non autem nummi, ne-
dum numerus eorum, niſi quatenus
inducitur neceſsitas ſoluendi ſummã
in tot nummis: reſtat igitur, vt ad ſo-
lutionem non minus referri debeat,
quam cum ſoluendi verbum exprimi-
tur, *ut recte ſenſit Anton. Fab. d. c. 8.* Cœ-
terum † huic deciſioni tum quoque lo- 29
cus eſt, cum numerus nummorũ nec
ad creditoris factum ſiue cauſſam ob-
ligationis, nec ad ſolutionem referri
videtur, ſed exprimitur, vt ſumma
debita per tot nummos æſtimetur, pu-
ta, cum trecentæ libræ promittuntur,
ſiue relinquuntur ita, ut centum au-
reos efficiant, ſiue, vt libræ tres aure-
um vnum efficiant: quamuis enim
debitor non ſit aſſtrictus, vt ſoluat
in aureis, quia nec tale quid actum,
tamen incumbit ei neceſsitas præſtan-
di æſtimationem totidem, quot con-
ſecuturus tempore diſpoſitionis ſive
conuen-

conuentionis erat, aureorum, licet ij pluris aut minoris valere cœperint, *Cravet. consil. 887. n. 3. vol. 5.* Cum enim partes ita summam trecentarum librarum præstari voluerint, vt libræ tres aureum unum, trecentæ aureos centum efficiant, vtiq; manifestum, quod noluerint valoris postea diminuti vel aucti rationem haberi cum secundum eum libræ trecentæ non amplius aureis congruāt, sed plures vel pauciores efficiant aureos: idq; vel eo magis, quia partes ignorare non potuerunt, esse nihil æque verendum ob crebram istī monetarum variationē, quam ne deinceps libræ trecentæ aureis centum æquivalere desinant. Quare vel hinc apparet, contrahentes omnino voluisse, vt solutio fiat in eo valore, quo aureus quilibet libris tribus, & aurei centū libris trecentis æquiualebant. Cumq; non minus hic, quam casu præcedenti sūma debita numero nummorum æstimetur, adeoq; libræ trecentæ obl. comprehensæ aureis centum vendiræ cēseantur, vtiq; necesse est, hic etiā pro summa debita tot aureos vel eorundem æstimationem præstari, quot aureis illa fuit æstimata, *l. quoties, C. de jure dot. cum sim.* Rursus quoniam debitor sese obligauit ad libras trecentas, ita, vt tres aureum vnum, siue trecentę aureos centum efficiant, certe post mutationem extrinseci valoris aureorum non agi modo poterit, sed & condemnatio fieri debebit ad libras trecentas aureis centum ęquiualentes: ut proinde nec liberari debitor possit trecentarum librarum pręstatione, si minus hodie, quam centum aurei valeant, nec teneri ad libras trecentas pluris valentes, quam hodie centum aurei valeant. Aduertendū

30 † insuper in obligationib. quæ re contrahuntur, licitum vix esse, sub eo prætextu, quod valor nummorum, quibus debita summa æstimatur, aut etiam soluenda venit, decrescere possit ante solutionem, pluribus æstimare summam aureis, quam tempore contractus ea valeat; quandoquidē pactio talis non solum videtur esse vsuraria, nec non debitori maxime perniciosa, cum oneretur in casu decrescentis æstimationis, dum plures soluere cogitur aureos, ac multo grauius in casu crescentis valoris, ubi totidem aureorum longe pluris valentium præstationi obnoxius erit, ac præsens certumque damnum, ex eo quod ab initio summa pluribus quam tunc valeat, nummis æstimatur, emergens, cum futuro & incerto, nec ad modum probabili (quia frequentius & facilius augetur quam diminuitur nummi valor,) commodo nimis inique compensetur: Sed etiam est contra obligationum re contrahendarum naturam, quæ non patitur, vt quis obligatur in plus, quam acceperit, *l. si decem, in princip. ff. de pact. l. rogasti, §. si tibi, ff. si cert. petat.* prout erudite præ cœteris considerauit *Anton. Fab. d. c. 8.* Ve-

rum † hactenus dicta procedunt, nummorum extrinseco valore mutato: 31
nam si bonitas eorum intrinseca, nempe puritas aut pondus materiæ mutetur siue in melius siue in deterius, augmentum quidem deducere licet, decrementum autem suppleri oportet *secundum tradita in exercit. praced. amplia. 5.* Quid † vero, si librarum 32
aliarumue pecuniæ denotandæ specierum, quibus exprimitur summa debita, valor intrinsecus aut extrinsecus mutatus fuerit? Non efficiet ea mutatio, siue in bonitate intrinseca, siue in extrinseco valore facta fuerit, ne totidem aurei, quot sunt expressi, præstari debeant, vel eorundem æstimatio, *vt sentire videtur Cravetta d. consilio 887. numero 3.* tum, quia contrahentes eo ipso quod pro summa librarum in obligationem deducta tot aureos præstari voluerunt, vel cauerunt, vt ea tot aureos efficiat, aperte declarant, non esse plus aut minus præstādum vel recipiendum, quam quanti sint aurei totidem: tum, quia non ignorarunt, tam posse librarum valorem mutari, quam aureorum, vt pro-

vt proinde numerum aureorum non minus metu futuræ variationis in libris, quam ob mutationem, quæ in aureis accidere potest, adiecisse censeri debeant, tum, quia res æstimata periculo commodoq; debitoris in bonitate intrinseca & extrinseca minuitur vel augetur, *l. plerumq., cum l. seq. ff. de jure dot. l. æstimata ff. solut. matr. cum sim.* At libræ in obligationem deductæ tot aureis in obligationis initio fuerunt æstimatæ: quare minuentur & augebuntur eę periculo commodoque debitoris, qui in omnem euentũ præstare tot aureos aut eorundem æstimationem tenetur.

33 Quibus† porro consequens, vbi mutatio tam in libris, quam in aureis contingit, non nisi augmenti vel decrementi aureorum in bonitate intrinseca rationem haberi oportere, ut illud deducatur, hoc suppleatur. Quocirca licet aureorum valor extrinsecus creuerit ob diminutam librarum bonitatem intrinsecam, totidem tamen aureos præstari oportebit, nempe quia non modo variatio valoris aureorum extrinseci non est attendenda, verum etiam valor tunc non tam augetur, quam conseruatur, vt in effectu siue reipsa non sit hodie maior, quam fuerit olim tempore obligationis contractæ, quo cum librarũ in obligationem deductarum summa tot aureos confecerit, par est, jurisq; rationi consentaneum, vt etiamnum hodie totidem aurei soluantur, *per tradita superius, in ampl. 10.*

34 Limitat. 6. Quando † valor extrinsecus nummorum debitorum injuste decrescit, ut intrinseco materiæ valore sit minor: tunc enim etsi totidem, non plures quam sint crediti vel promissi, nummos extrinseco valore diminutos accipere teneatur creditor, quam tamen pluris eos alibi potest expendere, vbi justum adhuc valorem habent, cogi minime potest in alio monetæ genere præsentem eorũ ęstimationem pristina justaque minorem accipere, *l. Paulus, 99. ff. de solut. & arg. l. in furti, 50. in princ. ff. de furt. ac præ ceteris erudite ostendit Ant. Fab. d. tr. c. 5. vers. hic illud.*

Limit. 7. Quando † extrinseci va- 35
loris in debito monetæ genere mutatio post moram superuenit, ei nocet, qui fuit in mora, *Bart. & Dd. in l. cum quid, & in l. quod te, ff. si cert. pet. Panor. & reliqui in c. quanto, de jureiu. Martin. Laud. de monet. q. 14. §. circa quartum, vers. si autem esset, Curt. de monet. numer. 4. 6. 7. Brunus de augm. monet. limit. 1. Couar. d. tr. vet. coll. num. c. 7. conclus. 5. n. 4. Ioan. Aquila de monet. p. 2. theore. 1. vers. si moneta, Gaill. lib. 2. obseru. 73. num. 9. Natta consil. 454. nu. 3. & 5. to 2. Ioan. Borchol. in c. 1. nume. 61. quæ sint regal.* Debitore namque moram committente, si nummi debiti pluris valere cœperint, dubium nõ est, quin totidẽ, quot crediti vel promissi sunt, præstari debeant, vel præsens eorum æstimatio, *l. si sterilis, §. cum per vendit. ff. de action. emt.* cum etsi mora non esset ab eo facta, nihilominus ad idipsũ teneretur, vt supra dictum. Quod si minoris valere cœperint, certe non nisi moratoris periculo decrescere valor potuit, vt liberari nequeat, totidẽ nummorum hodie minus valentium, nedum præsentis eorundem æstimationis solutione, nisi quod eorum valori pristino deesse dignoscitur, suppleatur: Tum, 1. quod alibi luculenter ostensum, periculo debitoris in mora constituti æstimationem rei debitæ decrescere: ut proinde nummorum etiam debitorum, quippe in quibus diuersum jure nostro dispositũ haud reperitur, valor non nisi periculo debitoris moram committentis decrescere queat. Tum, 2. quod mora per debitorem facta omnis vtilitas in æstimationem venit, quæ circa rem consistit, *d. §. cum per vendit.* nemini verodubium, quin idipsum, quo pristinus valor æstimationem præsentem superat, sit vtilitas circa rem: erit igitur à moratore præstanda. Tum, 3. quia debitoris constat esse detrimentum, quoties per ipsum stetit, quo minus daret, *l. quod te, ff. si cert. pet. l. si filiofam. §. si post diuort. ff. solut. matri.* At cum valor impostitius decrescit, euenit detri-

detrimentum, & quidem in nummis debitis, siue circa ipsos: quare moratoris id potius, quam creditoris esse debebit. Tum, 4. quia si citra moram fuisset solutũ, creditor valoris maioris emolumentum sensisset siue percepisset: quare cum jus percipiendi certũ valoris nondum diminuti commodũ creditori culpa morave debitoris adimi non debuerit, tam ratio juris, quam æquitas exigit, vt emolumẽtum illud, quo foret alioqui propter aduersarij moram cariturus, ei à debitore omnimodo resarciatur. Tũ, 5. quia frustratio moratori prodesse nõ debet, *l. hom. ff. mand.* Prodesset autẽ, si liberaretur solutione totidem nummorum hodie minus valentium, siquidẽ æsti. eorundẽ longe minore solueret, vel si nummos ipsos obl. comprahensos præstaret, eos pec. tanto minore comparare potest, quanto minus hodie valent: ut proinde vel hac de caussa immunis esse nequeat á detrimenti suppletione. Nec est verendum, ne isthac ratione mora principalem augeat oblig. cum, quia nummi temp. moræ contractæ pluris adhuc valentes, procul dubio tales tantiq; valoris tunc etiam debebãtur, & in obl. erãt, eoq; mora, in qua tunc debitor erat, licet periculum decrescẽtis deinceps valoris ad eũ trãstulerit, neutiquam tamen auxit obl. saltem effecit, ut quot semel deberi cœpit perpetuo debeatur, nec debitor liberetur sequenti temp. nisi etiamnum præster nummos tales tantiq; valoris, aut eorundem æsti: tum etiã, quia non tam est in obl. quam judicis duntaxat officio debetur, quod pristino valori, qui tempore moræ fuit, hodie deesse dignoscitur, *l. centum Capua, ff. de eo quod cer. loc. l. si quod ex Pamphila, ubi Dd. ff. de leg. 2.* Sed etsi post morã valor nummorum creuerit, postea rursus decreuerit, nihilom. á debitore decrementum illud adaucti valoris erit supplendum, quod abunde probant, tum rationes modo consideratæ, quã quæ de æstimatione quanti plurimi post moram attendenda disseruimus exerc. 12. lim. 1. & exer. 13. sub initium.

Creditore autem in mora constituto, siquidem nummi debiti pluris valere, cœperint, non negatur, totidem, quot sunt crediti vel promissi, nummos adhuc esse in obl. sed cùm officio judicis ratio habeatur argumenti ob creditoris moram deducendi, cogendo non erit debitor totidem nummos aut eorundem æsti. absq; deductione augmenti soluere, cum in exer. 12. ampl. 1. ostensum fuerit, argum. æstima. post creditoris moram adauctæ jure deduci licere, nec ratio sit, cur in debito nummorum aliud statuatur, uti nec in eis diuersum jure constitutum reperitur. Quib. accedit, quod in debito pecuniario consuer. receptum, vt pro nummis in oblig. deductis aliam monetæ speciem soluere liceat: qua de caussa cum debitor oblationis temp. facultatẽ habuerit soluendi pro nummis creditis siue promissis summam nummorum alterius generis longe minorem, quippe tunc numero nummorum obl. contentorum æquiualentem, ratio juris haud permitti, hanc ei facultatem culpa morave creditoris adimi, *l. ult. ff. de pact. l. id quod nostrum, ff. de R. I.* At si minoris valere cœperint, nemo dubitat, quin totidem, quot crediti siue promissi sunt, nummos extrinseco valore diminutos, aut eorum præsentem æsti. præstando liberetur debitor, quandoquidẽ non nisi totidẽ nummi sunt in obl. nec mora prodesse frustratori potest, vt aliquid vltra nummos obl. contentos ei debeatur, & creditori, etiamsi citra moram suã huc vsq; solutio dilata fuisset, nihilom. hodie non nisi totidem nummos extrinseco valore diminutos solui necesse foret. Quod si valor impositititius post moram decreuit quidem sed ante solutionem denuo creuit, augmentum, quod valori diminuto rursus accessit, in solutione deducere poterit, cum per adducta in exercit. 12. ampl. 1. tum etiam quia debitor sese tum, quando nummi post moram minus valebant, præstatione summæ longe minoris in alio monetæ genere liberare potuisset.

nisi

nisi per creditorem stetisset, quo minus acciperet: quare talis ei facultas etiam post nummorum debitorum valorem rursus adauctum superesse debet, ne aduersarij mora eam inuito extorqueat, *l. ult. ff. de pact. l. ac pupillo, §. si plurium, ff. de noui oper. nunc. l. 2. ff. quod vi aut clam, non debet, ff. de reg. jur.*

EXERCITATIO VIGESIMA.

De partibus hæreditatis, quando sunt omnibus hæredibus assignatæ.

SVMMARIA

1. *Instituti sine partibus, nisi ordine successiuo sint vocati, aut verbo vel oratione coniungantur eorum aliqui, sunt ex partibus æquis heredes.*
2. *Testator in partibus hæreditatis constituendis atque distribuendis liberam disponendi facultatem obtinet.*
3. *Assis distributio solennis cur inducta.*
4. *Eam testator in dubio præsumitur obseruare voluisse.*
5. *Cum nec plures, nec pauciores, quam toto continentur, partes à testatore distribuuntur, quilibet ex parte, quantacunque ipsi fuit à testatore assignata, fit heres.*
6. *Etiamsi nonnullis partes nonnihil incertæ sint distributæ.*
7. *Decisio* l. si ita scriptum, §. In testamento, ff. de hære. instit. *obtinet etiam, cum sub nomine quotæ certa relinquitur alicui portio.*
8. *Partes expressæ in institutione, repetitæ intelliguntur in substitutione.*
9. *Cohæredes substituti pro partibus hæreditariis succedunt, non tantum in ea portione, quæ deficienti fuit assignata, sed & in eo, quod accreuisset.*
10. *Pupillo intra pupillares annos decedente, substituti non solum in parte, qua impubes patri succedit, sed etiam in cæteris bonis, quæ ei aliunde obuenerunt, pro partib. hæreditariis succedunt.*
11. *Substituti per fideicommissum non tantum in portione cohæredis grauati, sed & in eo, quod accreuit, pro partibus hæreditariis succedunt.*
12. *Cohæres in deficientis portione vel bonis succedit pro ea parte, qua heres extitit.*
13. *Partes in substitutione repetitæ non intelliguntur, quando testator substitutis alias assignauit.*
14. *Ex onere substitutis cohæredibus apposito quatenus colligatur, partes institutionis in substitutione non debere intelligi repetitas.*
15. *Substituti non sub appellatione heredum, sed propriis nominibus expressi, præsumuntur ad viriles partes vocati.*
16. *Quomodo sit accipiendum, quod dicitur, pro qua parte quisque heres extiterit, pro ea parte ipsum in deficientis portionem vocari.*
17. *Inter eos, qui secundo tantum gradu scripti sunt, repetitio partium institutionis facta non intelligitur.*
18. *Partibus paucioribus, quam toto continentur, distributis residuum pro rata portionum assignatarum scriptis heredibus accrescit.*
19. *Siue plures testator, siue unum duntaxat instituerit.*
20. l. qui non militabat, §. Lucio, ff. de hæred. inst. *declarata.*
21. *Assis residuum accrescit institutis, etiamsi quis in eo fuit substitutus.*
22. *Substitutus ex maiore parte, quam sit portio deficientis, huiusmodi partem jure substitutionis adipiscitur, in reliquo succedit jure institutionis.*
23. *Portio propter conditionem deficientem vacans cæteris accrescit.*
24. *Paucioribus, quam toto continentur, partibus inter substitutos distributis, residuum pro rata eisdem accrescit.*

25. *Quod portioni deficientibus, nisi prius obijsset aut repudiasset, accessisset, utrum substitutis, an hæredibus priore gradu institutis accrescat, disceptatur.*
26. *Distinctione disceptatio deciditur.*
27. *Ad hæredes in re certa institutos vel substitutos tota pertinet hæreditas, cum nemo est in hæreditate tota vel eius parte institutus aut substitutus.*
28. *Ad institutos vel substitutos tota devolvitur hæreditas, non obstante testatoris prohibitione, ne quid ultra res sive portiones assignatas consequantur.*
29. *Censentur tamen gravati per fideicommissum, restituere hæreditatem successoribus ab intestato.*
30. *Ad inducendum fideicommissum sufficit, constare de voluntate defuncti, licet verba fideicommissi cessent.*
31. *Miles incertis rebus aut partibus hæredes instituens, in residuo decedit intestatus.*
32. *In re certa disparibus partibus instituti, succedunt æquis partibus in hæreditate tota.*
33. *In re tamen quisq; partem à testatore sibi assignatam consequitur.*
34. *Testatoris voluntas omnimodo servanda, quando constat, quod assem excedere voluerit, aut noluerit, sed partes assem excedentes ademerit prioribus.*
35. *Cum uni as integer, alteri totum æque assignatur, dupondium censetur esse constitutum.*
36. *Ampliationes ad eandem assertionem.*
37. *Testator primum in parte, alterum in solidum instituens præsumitur assem excedere voluisse.*
38. *Extensiones huius assertionis.*
39. *Testator priori totum, alteri partem assignans, recessisse à priore voluntate, quodq; huic obtulit, illi ademisse censetur.*
40. *Impugnantur variæ interpretum conciliationes* l. cum quæstio, C. de legat. *cum* l. interdum, §. paterfamilias, vers. sed si excesserit, ff. de hære. inst.
41. *Ostenditur, quomodo communis conciliatio sine divinatione sustineri queat.*
42. *Conciliatio probabilior adducitur.*
43. *Responsio ad* l. qui non militabat, §. filijs, ff. de hæred. inst.
44. l. cum quæstio, *procedit, sive prior in solidum, sive ex asse, sive ex duodecim uncijs, sive ex alijs partibus assem integrum conficientibus instituatur.*
45. *Sive unus, sive plures sint in solidum instituti.*
46. *Procedit item, si priori totus assem duplicem, posteriori dimidiam partem testator attribuat.*
47. *Aut priori sive prioribus totum, alteri partem, tandem alij sive alijs coniunctim totum assignet.*
48. *Nec refert, uni, an pluribus coniunctim assignet partem sub nomine quota, vel cum unciarum expressione.*
49. *Cum priori totum, alteri pars, tertio alio pars assignatur, secunda pars priori adempta intelligitur, tertia utriq;.*
50. *Tantum decedit hæreditati, quantũ in certa re vel quantitate instituto assignatur.*
51. *Responsiones interpretum ad* l. Marcellus, ff. ad Trebell. *refelluntur.*
52. *Vera solutio difficultatis affertur.*
53. *Defenditur negativa lectio,* l. qui quadringenta, in fi. ff. ad Trebell.
54. *L. cum quæstio, non procedit, cum posteriori plus dimidia parte assignatur.*
55. *Nec tum, quando primo pars, secundo totum, tertio pars assignatur.*
56. *Testator nulli totum, sed omnibus partes assignans, nemini quicquam censetur ademisse.*
57. *Ampliationes eiusdem assertionis.*

1 QVemadmodum pluribus à testatore institutis hæredibus absq; partium assignatione, satis constat, eos esse partibus æquis hæredes, *l. quoties, 9. §. hæredes, ff. de hære. instit. §. si plures, inst. d. t. utrobiq; Dd.* nisi ordine demum successiuo sint vocati, de quibus *ultra Dd. in l. Gallus, §. & quidam recte, ff. de liber. & post.* ample differunt *Covar. in c. Raynucius, §. 2. de testamentis, Diléctus de arte testandi, t. de hæred. inst. caut. 6. Clarus §. testamentum, q. 80. Mantica de coniectur. ult. volun. lib. 4. t. 7. Gomez.*

to.1. var. resol.c.2.n.4. Vasquius de success. creat. li.2.§.20.n.118.cum multis seqq.Crau. cons.22.lib.1. Deci.cons.1. n.18a.cum multis seqq.cons.41. maxime n.2.25.64.66. cũ seqq. val.1. Menoc.de præsumt.li.4. to.1.præsu.70. & 71.Graff.§.institutio, q.20.n.4.vsq. ad 9. & n.12.13 & 14.Daut.ad l.1.n.17.ff.de vulg. & pup. vel vno pluribusve disiunctim institutis cœteri verbo vel orationi conjunctim instituti sint, *vt in l. interdum, in pr.l.item quod Sabinus, §.sed si asse, vers. nã etsi vnus, l.liber homo, 59.§.Titius hæres.ff.de hære.inst.l.si quis,ff.de vsufr.accresc.l.vlt.in fi.C.de imp.& alijs subst.* quod ab interpretibus ibidem, & inprimis *à Delecto, d.t.4.de hær.inst.caut.3. Gomez. d.c.2.n.3.& 4.Claro d. q.80. Duar. de jure accresc.lib.1.c.7.vers.nec mouere, Mantic.d. l.4.t.9.n.6.cum seqq.vsq. ad finem tit.Vasq. de suce.progressu, lib.3.§.22.n.3.cum multis seqq.maxime n.13.14.& 15.Menoc.de præs. lib.4.to.1.præs.18. Donell.lib.6.commen. de jure ciu.c.22. vers.hoc tamen, Graff.d.§.institutio, q.20.col.l.8.* erudite & copiose pertractatũ, in præsentia, vti & superius, relinquimus: Ita omnibus institutis ex certis partibus, aut quibusdã ex certis partibus, quibusdam sine parte institutis sœpissime dubitatur, quantam quisq; portionem hæreditatis ha-
2 bere debeat? Et † quidẽ vt in alijs plerisq;, *l.habeat, vbi Dd. C.de sacros. Eccl. l. stip.hoc modo, & ibid. Dd.ff.de V.O.* sic in partibus hæreditatis constituendis atq; distribuendis liberam disponendi facultatem testator obtinet, vt quantas & quotcunq; voluerit, magnas & exiguas, plurimas & paucas arbitrio suo constituere valeat, *l.interdum, §. paterfamil.ff.de hære.inst.§.hereditas,inst.*
3 *d.t.& vtrobiq. Dd.ordinarie.* Sed † cum nihil sit frequentius, quam vt testator ita partes distribuat, vt vna vel plures adhuc superesse videantur, puta, si duo sint ex quadrantibus scripti hæredes, aut vnus in dimidia parte sit institutus, alter in quarta: aut plures, quam esse videantur in hæreditate, partes distribuat, verbi gratia, si Titium ex parte tertia, duos ipsius filios ex dimidia & sexta, rursus eundem Titium ex parte sexta, hæredes scribat, *vt in d.l.interdũ, §.vlt ff.de hær.inst.* aut hæreditate tota vni relicta, vel inter plures distributa alios sine parte instituat, *l.item quod Sabinus, §.sed si asse, ff.de hære.inst.* quibus & alijs multis casibus constare vix potest, qualẽ quantamve quilibet hæredum portionem consequi debeat, nisi certæ certi totius partes intelligantur, ad quas reduci sive reuocari distributio testatoris possit ac debeat, commodissimum ac propemodum necessarium visum fuit juris autoribus, incertitudinis amouendæ gratiâ solennẽ & cumprimis apud Romanos in mensuris, ponderibus alijsq; rebus vsitatam distributionem assis, qui nihil aliud est, quam totum duodecim partes vnciarum nomen habentes complectens, ad hæreditatem applicare sive traducere, ipsamq; assis nomine designare, cum ad nomen totius diuidendi gratia redigitur, & partes eius duodecim constituere, quarum vnaquæq; separatim vncia nuncupetur, conjunctim vero duæ sextantis, tres quadrantis, quatuor trientis, quinq; quincuncis, sex semissis, septem septuncis, octo bessis, nouem dodrantis, decem dextantis, vndecim deuncis nomẽ habeant, *tex. in §.hereditas, inst.de hær.inst.l.interdum, §.paterf.& l.seruum, §.hereditas, ff.d.t.* & vltra Dd. ibidem, de asse & partibus eius inprimis ad hæreditatem accommodatis eleganter disseruerunt *Volusius Mætianus in libel.de assis distributione, notis & vocabulis, Alex. ab Alexan. genial. dier.li.1.c.1. Budæus in lib.de asse,& partib. eius, Ant. Augustinus lib.2. emendat. juris, c.8. Rolandinus Passagerius de testamentis, rub.10. de institutionib. hæred. n.2. vsq. ad 18.Duaren.lib.2.anniuersariar.disput. c.36. VVesenb. in parat.ad d.t. ff.de hær.inst. n.8. Donell.lib.6.comment.de jure ciu.c.20. Prateius in lexico, verbo, as.* Et quoniam testator in dubio censetur dispositionẽ suam juri communi conformare voluisse, *l.si auo, ff.de acquir. hær. l.si Rufinus, C.de testa.mil.* erit † etiam in dubio præ- 4
sumendum, testatorem hanc legalem totius hæreditatis in duodecim vncias distributionem potius obseruare, quam ab ea recedere voluisse, *vt sensit Bart.in d.§.paterfam.n.2.& seqq.vbi Ang.*

Ioan.

Ioa. de Imo. n. 4. Castr. n. 3. & reliqui. Ioan. de
Platea in §. hereditas, n. 16. vbi Bald. & cæ-
teri, inst. de hær. inst. Castr. in l. cum quæstio,
n. 2. vbi Salic. n. 1. Alex. n. 2. Ias. vers. primũ
contrarium, C. de legat. Duar. ad d. t. ff. de
hær. inst. c. 3. sub rub. quomodo hæredes insti-
tuendi, vers. probabilior mihi. Denique li-
cet ab ea recesserit testator, nihilomi-
nus assignatio partium ab ipso facta
potestate juris in solennẽ assis distri-
butionẽ reuoluitur, vt asserit & exem-
plis illustrat Vlpianus ipse in *d. §. pater-*
fam. Quod eo magis hoc nostro tem-
pore fuerit obseruandum, quoniã ho-
die raro in testamentis mentionẽ fieri
videmus assis & vnciarum, sed parti-
um simpliciter, numeris tamẽ apte de-
terminatarum, vt attestatur etiam *Vi-*
glius in d. §. hereditas, n. 4 inst. de hær. inst.
At in effectu res in idem recidit, sive,
vt Vlpiani verbis vtar, in hęc, hoc est,
in assem & vncias eius, harumque distri-
butionem reuoluitur, puta, si vnus ex
duabus tertijs, alter ex tertia parte re-
sidua instituatur: perinde est, ac si no-
minatim illi bes, huic triens datus es-
set. *Vigl. lo. rel. sæpisq. patet ex d. l. interdũ,*
§. vlt. & l. Iulianus, in pr. ff. de hær. inst. cum
simil. Cœterum pro euidentiore pro-
positæ quęstionis alioqui nimis inuo-
lutæ resolutione in priore sub initium
relato casu, quando scilicet omnibus
hæredibus testator partes asscripsit,
ita distinguendum fuerit: Aut † enim
5 testator totam hæreditatem inter eos
distribuit, non plures, nec pauciores,
quam toto continentur, partes expri-
mendo sive constituendo, & constat,
quemlibet ex parte sibi à testatore as-
signata citra decrementum vel incre-
mentum, modo nullus institutorum
deficiat, hęredem fore, *Dd. in d. l. inter-*
dum, §. paterfam. vbi præ cæteris Ioa. de Imo.
n. 5. circa fin. Vigl. post alios in §. si plures, n.
1. vers. secundam, inst. de hær. inst. Donell.
lib. 6. c. 24. §. cum constabit, vers. cũ plures,
Graff. §. institutio, q. 21. n. 1. & est tex. in l.
Iulianus, §. vlt. ff. de hær. inst. & in §. videa-
mus, vers. & perinde, inst. d. t. idque ve-
rũ, sive vncias plures, sive vnam, sive
semunciam, sive vncię portionem ad-
huc minorẽ pars illa solummodo com-
plectatur, *Vigl. in d. §. hereditas, n. 4.* &
abunde liquet ex textu ibidem, & *d. §.*
paterfam. Sed † & procedit, etiamsi vni 6
siue aliquibus modo partes assis omni-
no certæ sint assignatæ, reliquis autẽ
partes per sese non nihil incertæ sint
distributæ, puta, si primum ex duabus
vncijs, secundũ ex parte vna, tertium
ex parte vna, quartum ex duabus par-
tibus testator hæredem esse jusserit:
qualem facti speciem proponit, ac re-
siduum totum inter eos, quibus vncię
sive certę partes assis non sunt asscri-
ptæ, distributum intelligi oportere,
decidit Africanus in *l. si ita scriptum, §.*
in testamento, ff. de hær. inst. cuius inter-
pretationis quæ sit ratio, Bartolus ibi-
dem non immerito quærit, cum pars
in dubio debeat intelligi de vncia sive
duodecima hęreditatis portione, *l. in-*
terdum, §. paterf. vbi Bar. & reliqui. l. ex
vncijs, ff. de hær. inst. cum sim. Arbitratur
autem in eo rationem cõsistere, quod
primo testator assignauit vncias, reli-
quis partes: hinc enim colligere putat
ICtum, quod partes fecerit de residuo,
quasi intellexerit, quod alia sit assi-
gnatio partis quã vnciæ. Vnde porro
infert, si testator omnibus assignet,
per eadem verba, sive partes dicat, si-
ve vncias, decisioni *d. §.* neutiquã fore
locum. Sed quamvis Bartoli rationem
amplęctantur ibid. *Bald. & Ioan. de Imo.*
tamen difficultatem haud tollit, vt re-
cte aduertit etiam *Raph. Cuma.* cum re-
gulariter nihil omnino referat, vtrũ
ex æquipollentibus sive significatio-
nem eandem habentibus exprimatur,
l. certum, ff si cer. pet. l. quoties, §. si quis no-
men, ff. de hær. inst. cum simil. potius illam
videtur adaugere, cum ex eo, quod v-
ni testator nominatim assignauit vn-
cias, colligendum videatur, ipsum et-
iam per partes cœteris asscriptas non
alias, quam assis duodecimas, hoc est,
vncias intellexisse, cum præcedentia
declarent sequentia, *§. at nec plurimi,*
inst. de lege Aquil. l. quisquis, ff. de lega. 3. l.
si seruus communis ita, ff. de stipul. seruor.
prout etiam vna testamenti pars per
aliam declaratur, *l. qui filiabus, ff. de le-*
ga. 1. cum simil. Probabilius dici posset,
ideo ICtum interpretari, totius resi-
dui distributionem esse factam, quod

alioqui, si testator nomine partis vnciam intellexisset, sive denotare voluisset, frustra fuisset ab eo partis mentio, & quidem non semel, sed aliquoties facta, siquidem abunde suffecisset nomen vnciarū ab initio expressum: Quia vero verba in dispositione testamentaria semper ita sunt interpretanda, ne sint frustratoria, sed aliquid operentur, *l. si quando, ff. de lega. 1.* necesse fuit, vt nomine partium, quarum vltra duas vncias primo relictas quatuor constituerat, non totidem duntaxat vnciæ denotare, sed vniuersum residuum, nempe decem vnciæ comprehensæ intelligerentur. Veriorem tamen decisionis rationem hanc reddi posse arbitror, quod in dubio, cum, vt in proposito ambigitur, sit ne partis nomine vncia dūtaxat intelligenda, præsumendum videatur, testatorem integram hæreditatem distribuisse, nec pauciores, vti nec plures, quam toto continentur, partes constituere voluisse, vt colligere licet ex *d. l. interdum, §. paterfam. & ex d. §. hereditas, juncta l. qui non militabat, § filijs, ff. de hære. inst.* nec obscure probatur per *l. cum quæstio, C. de lega.* qua vsq; adeo præsumitur, testatorem plures, quam toto contineri dignoscuntur, partes constituere noluisse, vt quas posteriori partes dedit, priori, cui totum reliquit, ademisse, & á priore voluntate recesßisse potius, quā toti superaddere plures de nouo partes voluisse statuatur: quod si tā difficulter præsumitur, testatorem plures constituere partes voluisse, multo minus præsumendum, pauciores eum, quam toto continentur, distribuere voluisse, cum illic ad euitandā plurium partiū constitutionem voluntatis aliquam correctionē præsupponi necesse sit, *d. l. cum quæstio,* hic absq; vlla voluntatis correctione integer as sive hæreditas tota distributa intelligi posßit: rursus illic manifestū sit, plures in distributione partes esse nuncupatas, quā sint in hæreditate sive asse, hic vero sit dubium, quasnā partes intellexerit, minores an tātas, quæ assem compleant: vt vel hac ratione sit in dubio verisimilius, testatorē de partibus assem complentibus potius, quam de minorib9 sensisse, ac proinde præter institutum in duabus vncijs cœteri nō immerito perinde vt ij, qui sine parte instituuntur, ex voluntate testatoris residuum aßsis habebunt, sic tamen, vt institutus ex duab9 partibus residui dimidiū nempe quincuncem ferat, alterum reliqui duo habeant, cum ex eo, quod secundus in vna, tertius in vna, quartus ex duabus partibus est institutus, clare pateat, hanc fuisse defuncti voluntatem, vt quart9 solus tantundē habeat, quantum secundus & tertius. Hinc † vero 7
nō absq; ratione infertur, etiamsi testator in casu *d. § in testamento,* non sub nomine vnciarū, sextantis, quadrantis, &c. sed sub nomine quotæ, puta, sextæ, quartæ, tertiæ partis, certam alicui portionem reliquisset, nihilominus alias partes reliquis á testatore distributas, nec tamē tam certo determinatas, in hunc modum esse accipiendas, vt residuum totum in eis comprehensum intelligatur, cum regulariter nuncupatio certæ quotæ, æquipolleat expresßioni vnciarū, sextantis, & similium, *d. l. interdum, §. vlt. l. si ita, §. 1. ff. de hær. inst.* nec sit verisimile, testatorem voluisse eum, cui certā partem asscripsit, cum reliquis, quibus partes nō æque certas aßsignauit, vllatenus in residuo participare, maiorē ve partem consequi, vel minorem, quam sit ei aßsignata; adeoq; scripti ex partib9 non quidem æque certis, quatenus tamen residuum sit inter eos ex voluntate defuncti distribuendum, demonstrare valentibus, respectu instituti ex parte omnimodo certa, quasi sine partibus instituti videantur, siquidem testator eis in hunc finem huiusmodi partes asscripsisse censetur, vt quantā ex residuo portionem quisq; debeat habere, denotaret, *d. §. in testam.* Cœterum † vsq; adeo, quas partes cuiq; testator asscripsit, eæ seruantur, vt si pluribus hæredibus institutis, aut inuicem ipsi, aut vni alicui cœteri substituti sint, ex ijsdem partibus substituti censeantur, ex quibus priore gradu instituti erant, & sic eædem repe-

titæ intelligantur in ſubſtitutionibus
tam obliquis ſeu fideicommiſſarijs,
l.quoties, & ibid.Dd.ff.ad Treb. quam di-
rectis, *l.ſi in teſtamẽto, l.qui liberis, in fine,
cum duab. ſeqq. l.ſi plures, ff.de vulg. & pu-
pill. l.1. C. de impub. & al.ſubſt. §.etſi, inſt.
de vulg. ſubſt. §. ſubſtituitur, inſt. de pupill.*
Vbi tamen pro declaratione pariter
9 obſeruandum primò: Cohæredes †
enim ſubſtituti non tantum in ea por-
tione, quæ deficienti, cui ſubſtituti
ſunt, à teſtatore fuit aſsignata; ſed &
in eo, quod inſuper vigore juris accre-
ſcendi, ſi hæres extitiſſet, ad eum per-
veniſſet, ſuccedunt, & quidẽ pro par-
te hæreditaria: Nam quod ſubſtituti
ſuccedant, nõ tantum in ea portione,
quam teſtator deficienti aſsignauit,
ſed & in eo, quod accreuiſſet, & ſic in
tota parte, in qua is, cui teſtator ſubſti-
tuit, ſi vixiſſet, nec repudiaſſet, hæres
fuiſſet extiturus, cum per ſeſe clarum
eſt, tum præ cœteris dilucide probat
*l.cum ex filio, §.vlt. ff.de vul. & pupill.fac.
l.ſi totam, & ibi t, adita per Dd.ff.de acquir.
hær.* Quod autem pro hęreditarijs par-
tibus cohæredes ſubſtituti tam in ac-
creſcente, quam in parte teſtamento
aſsignata ſuccedere debeant, præ cœ-
teris recte ſenſit *Caſtr.in d.l.cum ex filio,
§.vlt.n.1.* & luculenter euincit tex. *d.l.
ſi in teſtamento,* & cœteri cõcordantes,
non de parte ſaltem in teſtamento aſ-
ſignata, ſed generaliter & indiſtincte
loquentes de parte deficientis: Exigit
etiam acceſſorij natura conformis ei,
cui accedit, *c.acceſſorium, de reg.jur.in 6.
juncta l.ſi quis hæres inſtitutus, 35.ff.de acq.
hær.* & ratio portioni tam accreſcenti,
quam teſtamento aſsignatæ congru-
ens, propter quam partes eædem in
ſubſtitutionibus repetitæ intelligun-
tur, nempe, quia veriſimile non eſt,
teſtatorem pluris eos feciſſe in ſubſti-
tutione, quam inſtitutione, in qua ma-
iorem eis honorem habuit, *Donell. lib.
6. commen.de jure ciu.c.24.§.cum conſtabit,
verſ.neq.enim*, ſed qua voluntate, qua-
ve affectione inſtituit illos, eadẽ quo-
que ſubſtituiſſe creditur, ac proinde
vt in inſtitutione magis adamatis par
tes maiores, alijs minores reliquit, ſic
ex portione deficientis illos etiã par-
tes ferre maiores, hos minoribus eſſe
contentos procul dubio voluit, vt tra-
dit poſt alios *Gomez.to.1.c.5.n.20.* dicens
hanc eſſe rationem veram & commu-
nem. Sic † etiam non ambigitur, co- 10
hæredes pupillariter ſubſtitutos im-
puberi, annos intra pupillares eo de-
cedente, non ſolum in parte, qua pu-
pillus patri ſucceſsit, verum etiam in
cœteris bonis, quæ ei aliunde obuene-
runt, pro rata partium, quas in ipſius
teſtatoris hęreditate habuerunt, ſuc-
cedere, *tex. ad hoc not. in l.ſi pater, cum l.
ſeq. §. ad ſubſtitutos, & vtrobiq. Dd. ff. de
vulg. & pupil.* Quin † etiam per fideicõ- 11
miſſum ſubſtituti portionem cohęredi
grauato aſſcriptã, cum eo, quod huic
accreſcit, excepta tamen quarta Tre-
bellianica per grauatũ ſponte adeun-
tem deducenda, *§.ſed quia, & §. nihil
autem, inſt. de fideic.hære.* conſequuntur,
& in vtroq; pro partibus hęreditarijs
per fideicommiſſum ſuccedunt, *tex.in
l.ſi totam, ff.de acquir.hær. l.Papinianus, l.
Lucius, §.pater, ff.ad Trebell.juncta d.l.ſi in
teſtamento, ff.de vulg. & pup. d.l.quoties, l.
Lucius, §.Mæuia, ff.ad Trebell. Bartol. in l.
Marcellus, §.quidam liberis, n.7. vbi Ioa.de
Imo.n.11. Alex.n.4. & reliqui, ff.ad Trebel.
Dd. in d. l. ſi totam, & in d. l. Papinianus,
Gomez. d. c.5. n. 19. dicens* communem,
Graſſ. §.fideicommiſſum, q.45. n.4. idq;
verum, non modo ſi ante reſtitutionẽ,
ſed & ſi poſtea grauato quid accreuit,
ſiquidem id quoq; ſalua, niſi coactus
adierit, Trebellianica, cohęredibus re-
ſtituere tenetur, *tex.in d.l. Papinian. &
ibid.Dd.* Secundò: † vnuſquiſq; cohęre- 12
dum ſubſtitutorum in deficientis por-
tione vel bonis ſuccedit non pro ea
parte ſola, ex qua fuit inſtitutus, ſed
pro qua hæres extitit, *§. ſubſtituitur,
inſt.de pupill. l.ſi in teſtamento, l.qui liberis,
§.vlt.cum l.ſeq.ff.de vulg. & pup.* Ergo ſi
vni ſoli ſubſtitutorum portio conjun-
cti vacans accreuerit, eoq; cum cœte-
ri non niſi partes teſtamento aſsigna-
tas adipiſcerentur, ipſe pro parte lon-
ge maiore, quam quæ teſtamento fu-
erat ei relicta, hæres extiterit, pro rata
partis huius adauctæ, cum cœteris co-

hæredibus substituris in portionem quoq; deficientis vocabitur, *d. l. si in testamento*, vbi nuncupatione partis alterius, quam per legem vendicarit substitutus, eumprimis intelligendam esse partem jure accrescendi obuenientem, non absq; ratione censuerunt interpretes ibidem communiter teste, *Gomez. d. c. 5. n. 20. Sequitur post alios Donel. d. c. 24. §. cum constabit, vers. vbi lex altera.* Tertiò: Partes in institutione appositæ: ita demũ tacite repetitæ censentur in substitutionibus, si non aliunde appareat, testatorem hęredes, nõ pro partibus, ex quibus eos instituit, sive, ex quibus hæredes erunt, in eius, cui substituit, portionẽ succedere voluisse, *l. 1. C. de impub. & alijs subst. l. quoties, ff. ad Trebell. l. si plures, ff. de vulg. & pup. §. etsi,*
23 *inst. de vulg.* Apparet † autẽ eumprimis ex eo, si testator alias eis in substitutione partes assignet: tunc enim dubitandum non est, quin quibus ex partibus substituti sunt, eas in portione deficientis habere debeãt, *tex. ad hoc not. in d. §. etsi, & in d. l. 1. & d. l. si plures, & vbiq; Dd. Sali. in l. vlt. n. 7. C. de impub. & al. subst. Donell. d. c. 24. §. cum constabit, vers.*
24 *seruatur prius.* Deinde † ex onere, substitutis in deficientis portione successuris apposito, puta, si substituit eos sub conditione dandi. Vt enim simpliciter appositum onus pro partibus hęreditarijs, pro quib9 etiam consequuntur emolumentum, intelligitur cohæredibus appositum, *Castr post alios in d. l. quoties*, per *l. turpia, §. vlt. ff. de lega. 1. l. sive à certis, ff. de duob. reis.* Ita si testator disparibus partibus scriptos æqualiter onꝰ annexum substitutioni sustinere voluerit, colligitur, eius hanc esse voluntatem, vt etiam in emolumento sint pares, & æqualiter, sive in partes viriles in grauati seu deficientis portione succedant, *per tex. ad hoc notab. in d. l. quoties, vbi Bart. & reliqui Dd.* communiter *teste Gomez. d. c. 5. n. 20. vers. tertio intellige: textus alius aque notabilis in l. vtrũ, §. vlt. vbi post alios Donell. ff. de reb. dub. fac. l. qui hæredi, §. si pars, ff. de cond. & dem. gl. in l. 1. vbi Bart. n. 2. Salic. n. 2. Dec. n. 10. & cæteri, C. de impub. gl. in §. etsi, vbi post alios Vigl. n. 4. Schneid. n. 2. inst. de vulg.* *Rolandi. de testamentis, rub. 27. n. 19. Grassus, §. substitutio, q. 81. n. 9.* qui similiter communem perhibet. Quod si institutis ex maioribus partibus minores, & institutis ex minoribus partibus maiores oneris partes imposuerit, verisimiliꝰ esse videtur, eos in portione deficientis aut fideicommisso grauati secundum ratam onerum succedere debere, vt sensisse videntur, *Alex. in l. legata inutiliter, §. vlt. ff. de lega. 1. Dec. in l. 1. n. 10. C. de impub. & al. subst. Loriot. in epit. t. de subst. ax. 77. Duar. de jure accres. lib. 2. c. 3. vers. aequum enim: & ante ipsos Petrus ab Alexandro relatus, & Ioa. de Imol. in d. l. quoties, n. 5.* licet ibidẽ dissentiat Castr. at perperam, tum, 1. per regulam *l. secundum naturam, ff. de reg. jur. c. qui sentit, d. t. in 6.* super qua isthęc conjectura voluntatis fundatur, vt in *d. l. vtrum, §. vlt. & in d. l. quoties*, interpretes agnoscunt: Tum, 2. quod ICtus in principio *d. l. quoties*, eo saltem de casu loquitur, vbi fideicommisso sive substitutioni onus nõ fuit appositum, vt sensit præ cæteris *Donell. in d. §. vlt. vers. quoties igitur*, & euidenter apparet ex *d. l. quoties, vers. sed si jubeantur*, vbi asserit ICtus, onere apposito ex distributa illius quantitate voluntatem testatoris esse colligendam; vt proinde principium *d. l.* ad casum nostrum trahi nec possit, nec debeat. Tum, 3 quod in *d. l. quoties, sub fin.* ICtus decidit quidẽ, substitutos cum onere annexo, accipere debere portiones hęreditarias, verum addita nominatim conditione, si partes oneris congruant portionibus, vti sub eadem conditione demum Caius idem determinat in *d. l. vtrum, §. vlt.* quæ cũ hic nõ desit modo, sed & conditio velut è diametro contraria subsit, tantũ abest, pro partibꝰ hęreditarijs eos censeri substitutos, vt hinc vel maxime colligatur, portionem grauati sive deficientis inter eos pro rata onerũ esse distribuendam, vt propositum in proposito tantum operetur, quantum oppositum in opposito, *l. vlt. §. vlt. vbi Dd. ff. de lega. 3.* Tum, 4. quod alioqui sequeretur, tam in *d. l. quoties*, quam in *d. l. vtrum, §. vlt.* casum vel maxime dubitabilẽ, & exceptione vel expressione

singu-

singulari dignum, á ICtis alto silentio fuisse præteritũ, oppositum vero per sese clarum fuisse decisum: quod cum nec prudentię nec solertiæ illorum cõuenit, fateamur necesse est, regulã d. v. *sed si jubeantur*, videlicet, ex quantitate oneris colligendam esse testatoris voluntatem, etiam in hoc casu procedere, cuius peculiarem expresionem atq; decisionem ideo ICtus uterq; omiserit, quod ex duob. aliis exempli gratia subiectis ac determinatis, huiꝰ tertii decisio, quod pro rata oneris in eo fieri portionis distributio debeat, per sese plana ac propemodũ indubitabilis esset. Tũ, 5. quod ex æquali oneris impositione colligatur, testatorẽ disparib. ex partib. institutos ęquis ex partib. cohæredi substituisse: cum tamẽ ex partib. maiorib. instituti longe minus tunc releuentur, & partib. ex minorib. instituti longe minus onerentur, quã ubi maiorib. ex partib. instituti minores oneris partes, & minoribus ex partib. instituti maiores oneris partes sustinere debent. Proinde vel æque vel magis consentaneum volũtati testatoris, casu nostro peræq;, vt in casu oneris æque distributi, substitutos in portione grauati siue deficientis pro rata oneris iniuncti succedere oportere, argumẽto ducto à minore ad maiꝰ, quod est in jure validũ, *l. qui indig. ff. de senato, c. cum in cunctis, de elect. c. dum illorum, ibi, & maiora, de sent. excom. cum sim.* In eo tamen haud male sentit *Ca. in d. l. quoties*, dũ arbitratur, necesse non esse, ut in casu *d. §. ult. v. si vero, & d. l. quoties, v. si vero*, exacte parique proportione partes oneris & hæreditarię congruãt, sed sufficere, quod instituti maiorib. ex partib. plus onerati sint, alii minꝰ, cum sæpissime testatores partes oneris nõ in quotas, ut hæreditatẽ, sed aliter distribuere soleant: quod ubi fit, pariter vsuuenit, vt exactũ partiũ oneris impositi & hęreditariarum proportionem dignoscere vel observare difficulter possint, vt proinde ex proportione non vndiquaq; congruente firmiter inferri vel præsumi vix queat, noluisse testatorẽ, eos hæreditarias partes accipere: Tũ, quod ob modicam congruæ proportionis discrepantiam non sit illico præsumendum, testatorem, quib. ex partib. hæredes instituit, ex iisdem non substituisse, cum plerumq; in jure modici ratio non habeatur, *l. scio, ff. de in int. rest. l. si debitori, ff. de jud. Affl. decis. 129. n. 15.* & parum atq; nihil æquiparẽtur, *l. quamvis, ff. de con. & demo. l. illud, §. minus, ff. de tribu. act. c. de quarta, ibi, nullus aut rarus, de præben. cum sim.* Tum, per tex. *d. §. vlt. v. si vero*, ubi cum ICtus id modo requirat, vt partes oneris videantur portionibus hæreditariis congruere, non obscure denotat, non exactam requiri, sed qualemcunq; sufficere congruentiam, siquidem verbum *videatur* illic vsurpatum quandã importare siue designare improprietatem, notissimũ est, *l. 1. §. de ieciisse, ff. de vi & vi arm. l. in omnib. ff. de capt. & postli. reuers.* Præterea † si non sub appell. hæredum, sed 15
propriis nominib. eorũ expressis substituatur seu fideicommiss. reliquatur, præsumuntur ad viriles portiones vocati, siquidem expresione nominũ propriorum fit enumeratio personarum, quæ hunc effectum habet, vt exæquẽtur in eo, quod disponitur, quia respectum non tam ad portiones hæreditarias, quam ad personas ipsas, quas alioqui frustra propriis nominibus recensuisset, testator habuisse censetur, *tex. in l. nonnunquam, ff. ad Treb. l. ita lib. 8. in fi. ff. de statulib. l. turpia, § fi. ubi Dd. ord. l. si hæred. nominatim, ff. de leg. 1. gl. in l. 1. ubi Dd. ac præ cæteris late Ias. & Dec. C. de impub. & aliis substit. gl. in d. §. & si, ubi post alios hanc materiam erudite pertractat Viglius nu. 4. cum multis seqq. inst. de vulg. Dd. in d. l. quoties, & in l. Lucius, 78. §. Meuia, ff. de Trebe. late Don. in l. utrum, §. ult. ff. de reb. dub. Rolandin. de testa. rub. 27. nu. 19. Loriot. in apicib. t. de subst. ax. 78. & 79. Gom. dom. 1. vari. resol. c. 5. n. 20. Graff. §. substitutio, quæst. 81. numer. 9. qui videantur.* Quarto: † Quod dicitur, pro qua parte quisque hæres extiterit, pro ea parte ipsum ad portionem deficientis vocari, non ita venit intelligendũ, quasi ex portione deficientis illam 16
solum-

ſolummodo quotam, quam in tota hęreditate defuncti habuit, ferat: Cum enim in ſubſtitutione cohæredum tot perſonæ non concurrant, quot inſtitutæ fuerunt, ſed ad minimum vna deficiat, quando ſubſtitutio ſortitur effectum, ea ſcilicet, cuius in portione cœteri ſuccedunt, ſœpius etiam eueniat, vt hæredum aliqui pēdente ſubſtitutionis conditione decedant, qui ſpem ſubſtitutionis neutiquam ad hæredes ſuos transmittunt, *l. qui liberis, §. hæc verba, l. ſed ſi plures, in princ. l. qui plures hæredes, 23. ff. de vulg. & pup.* ſi eas duntaxat quotas ij, qui ſoli ſuccedunt in portione deficientis, ferant ſiue conſequantur ex dicta portione, quas teſtator eis in inſtitutione aſsignauit, tantum ex eadem reſiduū eſſet, quantum reliqui priore gradu ſimul inſtituti, ſiquidem ex ea portione ſuccederēt, habituri erant, puta, ſi primus ex ſexta, ſecundus ex tertia, tertius ex ſexta, quartus ex tertia inſtituti, & quarto reliqui ſubſtituti fuerint primo, poſtquam adiit, moriente, poſtea quarto repudiante, ſi ex triente quarti vacante ſecundus non niſi tertiā, tertius ſextā ferret, dimidium trientis eſſet reſiduū; quod aperte repugnat legibus totā deficientis portionē ad ſubſtitutos cohæredes ſuperſtites pertinere aſſerentibus, *d. l. ſed ſi plures, in prin. & d. l. qui plures hæredes.* Quare neceſſe eſt, vt partium in inſtitutione aſsignatarum repetitio in ſubſtitutione facta intelligatur, non quoad omnes ſubſtitutos, quia nec omnes in vna quapiam portione jure ſubſtitutionis concurrere poſſunt, ſed quoad illos duntaxat, qui ſucceſſuri ſunt in portione deficientis, vt quanta eſt portionum, ex quibus hæredes extiterūt, inter ſeſe proportio, tanta ſit etiā proportio partium, in quas diuidenda eſt inter ipſos integra portio deficientis, vt in adducto prius exemplo, portio quarti deficientis, nempe triens, ad ſecundum & tertium ſuperſtites totus pertinet, nec tamen æquis partibus, ſed cum ſecundus ex tertia parte, tertius pro parte ſexta hæres extiterit, & ſic ille præ hoc portionem duplo maiorem habuerit, etiam ex triente vacante duplo maiorem partem habere debebit, nempe duas uncias & vnius vncię partes duas, alter vnciam duntaxat vnicam, & vnius vnciæ partem tertiam, *arg. l. ſi ita ſcriptum, §. 1. l. Clemens, verſ. cum filij, ff. de hæred. inſtit. l. ſi quis teſtamento, 8. §. 1. ff. de leg. 1. traditq; præ cæteris Caſt. in l. ſiue à certis, ff. de duob. reis*: Idq; cum per ſeſe conſtat, tum dilucide patet, non modo ex eo, quod ſi cum hæredibus alius etiam ſimpliciter abſq; parte ſit ſubſtitutus, hic non ad id, quod, ſi cohęredes quotas modo ſuas, quibus inſtituti ſunt, ex deficientis portione habere deberent, reſiduum eſſet, ſed ad dimidiam portionis partem regulariter vocatus intelligatur, *l. ſi pater, ubi D. A. ff. de vulg. & pupill.* quandoq; in virilem, *l. qui complures, ff. de vulga. & pup. l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* verum etiam ex *l. ſi plures, 24. ff. de vulg. & pup.* vbi vno ex vncia, ſecundo ex octo, tertio ex quadrante inſtitutis, & inuicem ſubſtitutis, tertio repudiante, quadrans eius inter cohæredes non ita diuiditur, ut quarta pars quadrantis reſidua ſit, ſed totus inter eos ita diuiditur, vt quanto majore ex parte ſecundus hæres extitit, tanto maiore quadrantis parte potiatur, eoq; ſiue in nouem vncias quadrans diuidatur, vt ICtus eū diuidit, ſecundus octo, primus unam habeat, ſiue in duodecim vncias ſecundum ſolennem diſtributionem, ſecundus vncias decem duaſq; vnius 17
vnciæ partes, primus vnam vnciam cum tertia vnius vncię parte ex quadrante adipiſcatur, *d. l. ſi plures.* Quinto: † Repetitio partium inſtitutionis, quæ in ſubſtitutione tacite facta intelligitur, licet inter cohæredes ſubſtitutos, vbi diximus, locum ſibi vendicet, ſecus tamen eſt in aliis ſubſtitutis, quibus cum tantum abſit, vllas priore gradu partes fuiſſe aſsignatas, vt ne quidem inſtituti fuerint, præſumi non poteſt, teſtatorem partes, quas aliis aſsignauit, & quidem in caſu plane diuerſo, nempe, inſtitutionis, ad alios,

nos videlicet substitutos, pertinere voluisse, eorumque substitutioni tacite inseruisse, præsertim cum in his cesset etiam ratio, propter quam repetitio partium institutionis in substitutione cohęrendum facta censetur, ac plerūq; vel pauciores vel plures eorū sint, quam institutorum, & est text. in *l. qui complures, ff. de vulg. & pup.* Prout etiā euincit, *d. l. si pater, ff. d. t.* Proinde tales substituti, quib. nullas testator partes assignauit, æquis inuicem partibus in eo, quod ad deficientem alioqui pertinuisset, vel in hæreditate pupillari succedunt, *l. quoties, §. hered. ff. de hære. inst. §. si plures, inst. d. t. Don. lib. 6. c. 24. §. cum constabit, v. seruatur & posterius*, prout etiā tunc, quando id totum, quod ex testamento ad deficientem pertinuit, vel hæreditatem pupillarem integrā inter eos testator ipse partib. adscriptis distribuit, non est dubiū, quin eæ partes inter illos omnimodo seruandæ sint, *l. Iul. §. ult. ff. de hered. inst. iuncta l. 1. C. de impub. & aliis subst. & §. et si, inst. de vulg. subst. Don. lo. rel. v. seruatur prius.* Et hæc de primo distinctionis membro.

18 Aut † vero testator non integrā siue totam hęreditatem distribuit, sed pauciores, quā duodecim vncias, signauit, siue, quod in idem recidit, pauciores quam partium sub nomine quotæ relictarum minima designat, partes distribuit, puta, si unum ex quadrante, alterum ex semisse scripserit hæredem, vel unum ex tertia, alterum ex quarta, alium ex sexta parte instituerit; & iterum juris est indubitati, residuum pro rata portionum assignatorum scriptis hæredib. accrescere, vt quāto maiore vel minore quis parte fuit hęres institutus, tanto maiorem etiam vel minorem ex residuo partem consequatur, *tex. in l. interdum, §. paterfam. ff. de her. inst. §. videamus, v. & constat, inst. d. t. & utrobiq; gl. & Dd. prout etiam in l. cum quæst. C. de leg. Duar. ad d. t. de her. inst. c. quomodo her. insti. v. superius diximus, Brissonius lib. 7. formul. jur. mihi fol. 597. v. poterat. Gom. tom. 1. var. resolut. c. 10. nu. 14. Don. lib. 6. comm. de jure ciui. c. 22. v. si hære. Mantica de coni. ult. vol. lib. 4. t. 10. n. 1. Graff. §. inst. q. 21. n. 2.* Rationem decisionis adducit Imperator ipse in *d. §. §. her. v. neq. enim.* Ius enim non patitur, quenquā in paginas & testato & intestatō decedere, *d. v. neq. enim, & l. jus nostrū, ff. de R. I.* id quod futurum esset, si hęredes nō nisi in portionib. assignatis defuncto succederent. Quare licet alioqui volūtas defuncti seruanda sit, quia tamen cauere nemo potest, ne lex ista in testa. suo locum habeat, *l. nemo potest, ff. de leg. 1.* merito sustinemus & interpretamur, dispositionem defuncti, qua tenꝰ ea de jure communi subsistere potest, vt scilicet vltra partes assignatas etiā residuæ pro rata hæredib. acquirantur, cum ita sit interpretāda defuncti voluntas, vt conseruetur, jureq; subsistat *l. cogi, in pr. ff. ad Treb.* Accedit, quod testator neutiquā est astrictꝰ necessitate diuidendi hæreditatem in duodecim vncias, sed pro libitu possit eā diuidere, vt tot vnciæ assem efficiant, quot ipse voluerit, *d. §. hered. v. non autem, & d. l. interdum, §. paterf.* Voluit autem sine dubio, tot vncias assem efficere, quot inter hæred. distribuit: Verba namq; demonstrant voluntatem testatoris, *l. non aliter, ff. de leg. 3.* qui si plures partes hæreditatis esse voluisset, id exprimere nullo negotio poterat, adeoq; plures omnino distributurus fuisset, *l. un. §. sin autē ad deficietus, v. nom si, C. de caduc. toll.*

19 Et † hæc quidē conclusio *d. §. paterf. & d. §. videamus*, extendenda primò, vt procedat, etiamsi nō plures instituerit testator, eisq; pauciores, quā sint in toto, partes reliquerit, sed unum duntaxat scripserit hæredem, eiq; portionem hæreditatis siue magnam siue paruam asscripserit: Sicut n. plurib. institutis residuum eis pro partib. hæreditariis accrescere constat, ita juris est indubitati, vnico saltem & quidem ex certa parte instituto residuum etiam accedere, *tex. in d. §. hered. v. et si unum, ubi Dd, l. si quis ita scripserit, 33. ff. de hered. insti. Don. d. c. 22. vers. si heredes, Graff. d. quæst. 21. n. 2.* Hoc tamen inter unum & plures hæredes institutos interest, quod ille, quantacunque sit ex parte scriptus, simpli-

simpliciter & indistincte residuum quoque totum consequatur, exigente idipsum tam textu d. vers. *& si unum* ubi duntaxat exempli gratia semissis Imp. meminit, eoq; non obscure denotat, peræque cuiuis alij parti, ex qua institutus fuit, hæres unicus, residuum totum accedere, siquidem adducta exempli gratia non restringunt dispositionem, *l. regula, §. fin. ff. de iuris & fac. igno. l. damni infecti, 30. §. ult. ff. de dam. infec.* quam ratione ibidem subiecta, siquidem si residuum totum hæredi unico ex parte scripto quandoque non accresceret, omnimodo futurum esset, ut non accrescēs hęredi scripto portio ad hæredes ab intestato pertineret, & consequenter idē ex parte testatę, ex parte intestatus decederet, quod ius nostrum non patitur. Pluribus autem hęredibus institutis, residuum quidem totum eis etiam accrescit propter eandem rationem sic tamen, ut pariter etiam respectus habeatur ad partes, ex quibus instituti sunt, ut si partibus æquis omnes tacite vel expresse sint instituti, residuum inter eos æqualiter distribuendum veniat, sin partibus in æqualibus, residuum eis pro partibus illis hæreditatiis accedat, *d. §. videamus, d. l. interdum, §. paterfamil. utrobiq; Dd. Gomez. tom. 1. var. resol. c. 10. n. 14.*

20 Ampl. 2. in casu *l. qui non militabat, §. Lucio, ff. de hæredib. institu.* ubi cum hæredum alter ex duabus partib. alter ex quadrante scriptus esset, Papinianus duas partes illi assignatas de duobus quadrantibus interpretatur, ac vi consequentis censet residuum quadrantem eis pro rata accrescere, ut scriptus ex duobus quadrantibus duas residui quadrantis uncias ferat, alter unam, *Cuiac. in l. si ita scriptum, §. in testamento, ff. de hæred. inst.* Quod autem de duobus quadrantibus Papinianus illic partes interpretatur, ideo factum, quia verisimile non est, testatorem nuncupatione partes unicam siue duodecimam hæreditatis portionem intellexisse, partesq; pauciores, quam toto continentur, nempe quincuncem tantem, distribuere voluisse: Nec dici potest, eum hisce duabus partibus id omne, quod ultra quadrantem assi dignoscitur inesse, compræhendere voluisse, uti fit in *d. l. si ita scriptum, §. in testamento, ff. de hæred. inst.* quia frustra duabus ex partibus eum instituisset, quem residuum asis habere voluisset: poterat enim, adeoque debeat eum vel simpliciter absque parte, vel ex residuo, siue reliqua parte, seu dodrante instituere, *l. ex unciis, ff. de hæred. inst.* cum è diuerso in *d. § in testamen.* eis qui certis ex unciis instituti non erant, ideo simpliciter absque partium assignatione residuum assis relinqui non potuerit quia plures erant, nec æqualibus testator eos partibus sibi succedere volebat. Quia vero præsumendum non erat in casu, *d. §. Lucio,* frustra & inutiliter testatorem in hęredis institutione partes assignare duas voluisse, *l. si quando, ff. de lega. 1.* necesse fuit, ut comparatione quadrantis, ex quo alterum scripsit hæredem, duas partes Papinianus pro duobus acciperet quadrantibus: id quod ipsemet innuit, quando modum duarum partium ait ex quadrante declarari, quia nempe quadrans alteri ascriptus ostendit, testatorem partibus duabus, quibus eum uncias aut residuum assis totum denotare voluisse verisimile non est, æque duos quadrantes intellexisse, *arg. l. ult. §. ultim. ff. de trit. & vin. ole. lega. l. nam quod liquida, §. ultim. ff. de penu lega. l. 1. ff. de reb. dub. l. si seruus plurium, §. fin. ff. de lega. 1. cum sim. Cuiac. in d. §. in testamento, & in tr. ad Afric. 4. in explic. d. §. in testam.*

Amplia. 3. procedere, † etiamsi 21 uni vel pluribus hæredibus institutis ex certa siue certe partib. assem neutiquam complentibus, alius sit substitutus non tantum in portione hæredis siue hæredum; quibus est substitutus, sed & in eo quod asse deerat, siue quod priore gradu institutis non assignatum seu distributum fuerat, puta, si testator primum ex tertia, secundum similiter ex tertia scribat hæredem, & si secundus hæres non erit, ter-

tertium ex besse siue duab. tertiis hę-
redem scribat, ambobus n. hęreditatē
adeuntibus tertius non modo á por-
tione secundi, sed & á residuo trien-
te, in quo nec primus nec secundus
institutus fuerat, excludetur, & inter
illos triens accrescens diuidetur, vt
recte præ cæteris decidit *Ioa. de Imo. in l. quoties, §. si quis primum, nu. 45. & ibid. Castr. n. 1. ff. de hæred. instit.* Quamuis n.
tertius solus in residuo triente sit scri-
ptus hæres, non tamen simpliciter &
pure scriptus est, sed sub conditione, si
secundus hæres non erit, quæ non mi-
nus ad residuam, quam secundi porti-
onem á testatore fuit relata: proinde
secundo hæreditatem adeunte tertiꝰ
ob condemnationem deficientem ex-
cluditur etiam á residua portione, *l. Iulia. 15. in fine, l. paterf. 44. l. liber homo, 69. §. Tit. ex semisse, ff. de hær. inst.* quæ cum
vacet, tacite ambobus hæredibus, ac-
cedat necesse est, *d. §. vineam, d. l. interdum, §. paterf. d. l. liber ho. §. si ita script.*

22 Ampl. 4. Nam † in casu præcedentis
ampliationis, adeoq; regulariter quo-
ties substituitꝰ ex maiore, quam is cui
substituitur, parte scriptus est hæres, si
is cui substiturus est non fiat hæres, ac
per hoc substituto sit locus, habebit
quidem substitutus non tantum por-
tionem, in qua hæres deficiens primo
gradu fuit a testatore institutus, sed
& residuam, nec tamen eodem, verum
diuerso jure, illam quidem jure substi-
tutionis, quippe in qua fuit hæredi de-
ficienti substitutus, hanc vero jure in-
stitutionis, cum quo ad eam nemini
fuerit substitutus, *tex. eleg. in l. quoties, 9. §. si quis primum, & in l. nam tertium, 16. & utrobiq; Dd. ff. de hær. inst.*

23 Ampl. 5. etiamsi † testator hæredem
ex parte institutum, in residua sub cō-
ditione instituerit, nihilom. ea propter
conditionem deficientem vacans, i-
psi vel in solidum, si solus hæres sit,
vel ipsi & cohæredib. pro portionibus
hæreditariis accrescet, cum perinde
sit, ac si ab initio nemo ex residua par-
te scriptus esset hæres, *l. si quis ita scripserit, 33. d. l. liber homo, §. si scriptum, ff. de hæred. inst.*

Ampl. 6. in substitutione: Plurib. † n. 24
substitutis, si testator certas partes as-
scripserit, nec tamen assem expleuerit,
hoc est. id omne, quod institutus, nisi
defecisset, ex testamento habiturus e-
rat, inter eos non distribuerit, residuū
eis pro rata partium in substit. expres-
sarum accrescet: Est n. substitutio ni-
hil aliud, quam secundi hæredis insti-
tutio, *l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulg. & pup.* siue secundi hæredis appellatio,
Caius lib. 2. inst. t. 4. de subst. in pr. siue se-
cunda institutio, vt Accursius & Dd.
plurimi eam describunt potius, quam
definiunt, ad rub. *ff. de vulg. & pupil. & inst. de vulg. subst.* Proinde quæ de in-
stitutione disposita reperiuntur, ea
regulariter etiam in substitutione,
quippe in substi. specie locum sibi vē-
dicant, nisi vel expressa dispositio, vel
eiudēs ratio juris in ea peculiare quid.
induxerit, *VVes. post alios, in parat. ad d. t. ff. de vulg. & pup. n. 9.* Quod in propo-
sito caret omni dubio, quādo tota hę-
reditas ad eum, cui substituti sunt,
pertinuit, siue quia solus est institutꝰ,
siue quia cæteri pariter instituti non
extiterunt hæredes, eoq; portiones
horum illi, nisi defecisset, jure accres-
cendi obuenissent: tunc n. subest illa,
quam Iust. ipse inculcat, decidendi ra-
tio, quod testator esset decessurus ex
parte testatꝰ, & in parte intestatꝰ, ni-
si residuum substitutis accresceret. Si-
militer etsi substituti succedant impu-
beri, qui cohæredes in hæreditate pa-
terna habuit: quia tamen portio, quā
ex test. patris habuit, simul atq; hæres
patri extitit, pars hæreditatis paternæ
desiit esse, cœpitq; fieri proprium pu-
pilli partim. *l. sed si plures, §. filio, & §. ad subst. v. neq; enim, ff. de vulg. & pup. l. ult. in fi. C. de inoff. test. gl. in l. 1. §. veteres, ubi reliquos, ff. de a. q. possess. Bart. ad Rub. n. 1. ff. de acq. hær. & in l. 3. in pr. n. 4. ff. de bonor. poss. & plures, qui* communem *dicunt, recenset Grass. in §. hæred. q. 2. n. 1.* vt filio post-
modum intra pupillares annos dece-
dente, nihil ex illa portione pristinis
cohæredib. accrescere possit, *in l. si sub conditione, ff. quib. mod. vsusf. amit. Ducre. de jure accresc. lib. 2. c. 5. in pr.* substitutis,
quibus

quibus omnes pupillaris hæreditatis partes testator non assignauit, residuum nihilominus pro tata partium eis assignatarum accrescet, ne pupillus ex parte testatus, pro parte intestatus decedat, *l. cohæredi, §. ult. ff. de vulg. & pup. Zasius in trac. substitutionum, c. 4. de compendios. vers. sexta concl. 1.* At
25 † cum portio tantum hæreditatis ad eum, cui substituti sunt, nisi prius obijsset, aut repudiasset, peruentura fuisset, ambigitur, substitutis, an hæredibus priore gradu institutis residuũ portionis illius á testatore substitutis nominatim non attributum accrescere debeat? Nam pro substitutis rationes militant sequentes: 1. quod in institutione residuum accrescit institutis, ac de illa, ut de genere vel certe re simillima dispositum jure nostro, regulariter etiam ad substitutionem pertinere solet, secundum theoricã paulo ante traditam. 2. Quia testator vt integram hæreditatem, sic portionem, non tenetur in duodecim vncias siue partes diuidere, sed pro libitu pauciores constituere potest, adeoque tot in partes integram siue portionem sive hęreditatẽ distribuisse censetur, quot expressit, *§. hæreditas, inst. de hær. inst. l. interdum, §. paterf. ff. d. t. juncta l. in ambiguo, ff. de reb. dub. cum sim.* quoniam si plures illius esse partes voluisset, nulla difficultas erat, easdem exprimere, *l. un. §. sin autem, vers. nam si contrarium, C. de cadu. toll.* 3. Quia substitutio juri accrescendi præualet, adeoque efficit, vt substituti coniunctos excludant: *pro qua sententia plurimos allegat Men. de præsumt. lib. 4. tom. 1. præsum. 87. n. 1. eamq; ab omnibus approbatam,* vulgoq; receptam *dicit Duaren. de jure accr. lib. 2. c. 16. in pr.* 4. Quia testator substituendo alios eo ipso satis videtur declarare, quod in portione deficientis potiorem esse substitutorum caussam, & hos cohęredibus in adipiscenda portione vacante omnimodo præferri voluerit. 5. Quia cum euenit casus substitutionis, testamentum incipit á secundo gradu substitutionis, in quo cum nemo sit scriptus præter substitutos, quibus minus quam portione deficientis contineatur, testator distribuit, consequi videtur, eos integram habere debere portionem, prout in simili arguit *Jason in l. quoties, n. 1. C. de hære. inst.* Verum quod hæredibus accrescat, probari videtur primùm ex eo, quia cum testator in priore gradu minus asse distribuit, residuũ necessitate juris exigente accrescit institutis, quia non sunt alij, ad quos ex dispositione tacita vel expressa testatoris aut legis id pertinere queat. cum jus ad illud non admittat successores ab intestato, ne testator pro ea parte decedat intestatus, *d. §. hæreditas, vers. neq; enim,* quæ ratio plane cessat casu nostro in substitutis, qui si non integram hæreditatis portionem, sed partes sibi assignatas duntaxat ex ea cõsequantur, supersunt instituti priore gradu, quibus residua pars, vtpote vacans, ex dispositione legis accrescat. *l. si in testamento, ff. de vulg. & pup. l. 1. in fi. cum ll. seqq. ff. de bon. possess. l. 3. §. si duo, ff. de bon. poss. secun. tabul.* Deinde, quia testator pauciores, quam tota portione contineantur, partes assignando substitutis, quo ad distributas quidem substitutos prętulit primo gradu scriptis, at ne residuæ portionis illius partes institutis accrescant, neutiquam cauit, sed respectu earum jus accrescendi ex dispositione juris communis competens, tacitaque testatoris ipsius voluntate subnixum, hæredibus illibatum saluumque reliquit: proinde in residuo substitutis jure merito, præferendi sunt, cum quod non mutatur, neque tollitur, in viridi remanere debeat obseruantia, *l. sancimus, C. de testam. l. præcipimus, in fi. C. de appell.* & limitata caussa, vt hic est substitutio certis limitata partibus, limitatum pariat effectum, *l. 2. ff. de his quæ in test. delen. l. in agris, ff. de acquir. rer. dom. l. age cum Gemin. C. de transac.* & omissum á testatore remaneat sub dispositione juris communis, *l. si extraneus, ubi Bart. & Dd. ff. de condic. caus. dat. l. si cum dotem, in princ. ff. solut. mat. l. commodissime, ff. de libe. & post. Petr.*

Peccium

Peregius de testam. coniugum, lib. 5. c. 1. n. 2. cui suam conformasse voluntatem testator præsumitur, *Rolan. à Valle, consil. vlt. n. 11. vol. 1.* communem *dicens, Menoc. de præsumt. lib. 4. to. 1. præsumt. 86. nu. 15. Mantica de conjectur. vlt. vol. lib. 6. t. 6. n. 8.*
26 *qui plura similia ex Dd. congerit.* In † hac ancipiti quęstione referre crediderim, vtrū testator sub nomine vnciarum, sive partium, non quotarum, sed numeris distinctarum, puta, trium, quatuor, &c. an vero sub nomine quotarum, puta, tertiæ, quartæ, vel partium afsis vncias plures conjunctim designandū, puta, sextantis, quadrantis, &c. distribuerit. Priore namq; casu, ad substitutos integram deficientis portionem pertinere, verius arbitror, non modo per ea, quæ pro substitutis paulo ante sunt adducta, sed cumprimis propterea, quia nomen vnciæ sive partis, licet in dubio, quando non constat, quot partes esse testator voluerit, attamen apparet, eum plures, quam expresśit, partes constituisse, puta, quia tres vni, duas alteri partes asśignauit, alium instituit ex relidua parte, vel nulla portionis facta mentione, pro afsis sive totius duodecima porrione jure nostro accipi soleat, *l. ex vnciis, ff. de hær. inst.* eiusmodi tamen est, vt aliam quamcunq;, sive maiorem, sive minorem, totius portionem denotare valeat, ac proinde quotcunq; vnciæ seu partes referantur, sive plures, sive pauciores, quam duodecim, semper tamen in eis totum consistere queat, eæq; totum complere seu constituere posśint, & consequenter necesse non sit, diuisionem testatoris sub vnciarum, aut partium nō quotarum, sed numeris distinctarum nomine simpliciter factam, ad solennem afsis distributionem reuocare, vel præsumere, testatorem de parte totius duodecima sensisse, & pauciores, quam toto cōtinentur, partes distribuisse, sed potius censeri debeat, eū simpliciśsime totū in tot modo, quot expresśit, vncias partesve diuidere voluisse: quod cum per sese pater, tum vero liquido probatur omnibus legibus, quibus ICti testatoris voluntatem secuti sive imitati, in pauciores, pluresve, quam duodecim, vncias sive partes hæreditatem vel portionem esse diuidendam respondent, *l. interdum, §. vlt. l. Iulianus, in fi. l. si ita scriptum, §. 1. l. Clemens, vers. quinq; igitur, ff. de hær. inst. l. si plures, ff. de vulg. & pup. cum simil.* Quare licet pauciores, quam duodecim, testator portionis vncias sive partes inter substitutos distribuerit, quia tamen eæ non minus, quam duodecim integram suo sub ambitu portionem, deficientis complectuntur, quando nullus est sine parte substitutus, cuius ex adjectione colligi posśit, testatorem plures illius portionis, quam expresśit, partes, nempe duodecim, facere voluisse, consequitur, integram substitutis esse portionem distributam, eoq; nihil ex ea residuum esse, quod hæredes vigore juris accrescendi ad sese pertinere, contendere posśint. Pro qua sententia potest etiam ponderari *tex. l. quanquam, C. de testa. mili.* vbi similis proponitur casus, in quo ratio ab Imp. *in d. §. hereditas, instit. de hær. inst.* afsignata, videlicet, eundem pro parte testatum & pro parte intestatum decedere non posse, plane cessat: loquitur enim *d. l.* de milite, qui hæredem ex parte instituere, inq; residuo successores ab intestato hæredes habere potest. *d. §. hereditas, vers. nisi sit miles, l. si duobus, ff. de testa. mil.* Hic filiam ex duabus vncijs, vxorem ex vncia, hęredes scripserat: dubitabatur, in tres, an vero in duodecim partes hęreditas diuidenda sit, vt ex his vnciam vxor, filia duas jure institutionis habeat, in reliquis ab intestato parenti succedat. Sed quia de nouem portionibus, quæ residuæ forent, si centurionis illius hæreditas in duodecim partes distribueretur, haud quicquam significauerat, & hęreditas integra tam in tres vncias, quam in duodecim diuidi potest, concludit Imp apparere, eum in tres partes diuisse hæreditatem, ex quibus filia duas, vxor vnam habere debeat. Sicut igitur in *d. l. quanquam,* potius præsumitur, testator integram hæredita-

Rrr tem

tem in tres vncias, quas expressit, diuisisse, quā tres modo portiones duodecimas hæreditatis distribuisse, licet in residuis nouem ab intestato successores ex permissione legis habere potuisset, ita etiam in casu nostro pari ratione prçsumendum erit, cum potius integram deficientis portionem in tot vncias sive partes, quot expressit, inter substitutos diuidere voluisse, quam de partibus modo duodecimis portionis vacantis sensisse, licet residuum ex dispositione legis ad hçredes priore gradu scriptos pertinere potuisset. Vnde simul apparet, non obstare pro hæredibus adducta, quia præsupponunt aliquid ex portione deficientis esse residuum, cum è diuerso fuerit ostensum, integram portionē tali casu á testatore censeri distributam. Posteriore autem casu hæredes priore gradu institutos prçferendos, & consequenter ampliationi nostræ non esse locum existimo, quia sive per quotas testator portionem distribuerit, constat, totam portionem non esse distributam, nisi quotæ assignatæ tot partes compræhendant, quod minima, quam testator expressit, quota præsupponit, puta, si vnum ex decima, alterum ex quinta parte substituerit, decima necessariò videtur intelligenda respectu totius portionis vacantis in decem partes diuidendæ secundum voluntatem testatoris, *Bartol. in l. codicillis, §. vlt. ff. de vsufr. lega. Castr. in l. interdum, §. paterfam. nu. 4. ff. de hære. instit.* harum vnam ille, duas quintâ compræhensas alter consequitur, aliæ septem residuæ sunt: Sive per assis partes, quibus vnciæ plures continentur, eæ quoq; nihil aliud in effectu, quam certas assis quotās denotant, vti semis dimidiam, quasi semi as, triens tertiam, quadrans quartam, sextans sextam, bes duas tertias, quasi bis triens, saltem in eo differre videntur, quod hæ solennem assis distributionem respiciant, totiusq; in duodecim diuisionem importent, quotæ simpliciter expresse non æque: ac licet aliquæ partes assis sint, quæ non tam quotas assis, quam numerum vnciarum solummodo significent, vt quincunx, septunx, tamen æque vt aliæ solennem assis distributionem, cuius gratia sunt ita nuncupatæ, respiciunt & important, nec aliam quamcunq; sive maiorem, sive minorem totius portionem denotare solēt, *vt sensit post alios Ias. in l. 1. n. 12. vers. secundo facit, ibi praeterea, C. de testa. mil.* sed quincunx vncias quinq; de duodecim, vti septunx vncias septem de duodecim designare cōsueuit, & consequenter ille quidē septem, hic quinque vncias ex toto residuas esse indicat. Quæ cum ita sese habeant, luculenter hinc apparet, hic omnino cessare fundamentū principale, quo prioris casꝰ decisio nitebatur, & adducta pro hæredibus primo gradu institutis omnimodo sibi locum vendicare, quibus haud præponderant, nec obstant rationes pro substitutis allatæ. Prima namq; procedit, nisi ratio juris euidens in substitutione quid aliud requirat, vt hic vsuuenit, vbi maximam diuersitatis rationem inter institutionem stricte sumtam & substitutionem subesse, ex prædictis abunde constat. Altera vero casu quidē priore fortiter vrget, hoc posteriore minime, quia licet in duodecim partes diuidere non teneatur testator, tamen si quid residuum esse nolit, in huiusmodi partes distribuat oportet, quæ totum suo sub ambitu complecti queant. Quotæ vero vel nomina partium assis plures vncias continentium liquido indicant, quot facere partes, testator voluerit, proinde nisi totidem, quot ab ijs indicantur, partes distributæ reperiantur, aliquid esse residuum fateamur necesse est, quod cum nemini sit assignatum, & vacet ex portione deficientis, ad hæredes priore gradu institutos jure accrescendi pertinebit, *l. 3. in fin. cum seqq. ff. de bon. poss. l. 2. §. siduo, ff. de bon. poss. secun. tab. cum simil.* Tertia procedit in eo saltē, quod inter substitutos testator distribuit, in residuo minime, in quo cum neminem substituerit, hçredibus in eo quenquam prætulisse,

jusq;

jusq; accrescendi eis competens minuisse, neutiquã censeri potest. Similiter quarta nihil aliud efficitur, quam substitutorum in eo, quod testator eis assignauit, potiorem esse caussam: nam in residuo heredibus eos non esse praeferendos partim ex eo colligitur, quia testator eis id non assignauit, procul dubio assignaturus, si quidem illos in eo succedere voluisset: partim etiam, quia praesumitur plus dilexisse institutos primo gradu, quam substitutos, *Lancellotus Politus, in trac. substitutionum, sub rub. de vulg. subst. n. 65.* cum illos vna cum eo, cui substituit, haeredes ibi esse voluerit, hos autem non nisi in subsidium vocarit ad successionem, vt proinde in dubio potius illos, quam hos praeferri voluisse, iure merito censeatur. Quinta deniq; procedit ita demũ, quando institutio siue prior gradus est inualidus, aut nullus in eo gradu institutorum existit haeres *l. 3. §. vlt. l. si à primo, ff. de lib. & post. l. si miles, ff. de injust. rupt. l. si filius, 75. ff. de haere. inst. l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulg. & pup.* Secus vbi vnus aut plures priore gradu instituti existunt haeredes, tunc enim etsi casus substitutionis eueniat, quia forte decedit aut repudiat is, cui testator substituit, non incipit à secundo gradu testamentum, sed à primo, qui solus ad sustinendum testamentum abunde sufficit, vsq; adeo, vt si nec institutus, nec ei substitutus heredes existãt, vacans portio ad reliquos haeredes priore gradu scriptos pertineat, *tex. in l. 2. §. si duo, ff. de bon. poss. secund. tab.* Ac licet concederetur, eum aliqui priore gradu instituti existunt haeredes, is autem cui testator substituit, repudiat, testamentum à secundo gradu incipere, non tamen id procedere posset, nisi duntaxat respectu eius, in quo testator substituit, cum id, in quo non substituit, in primi gradus dispositione tam remanere voluerit, quam portiones aliorum haeredum primo gradu institutorum, & partem solummodo portionis vacantis deferre substitutis, alteram institutis tacite vel expresse relinquere, neutiquam testatori sit interdictum. Et hanc istius ampliationis restrictionem in simili tenent *Theophil. in paraphr. inst. t. de haere. instit. §. haereditas, & ibid. Viglius n. 6. Ioan. de Imol. in l. 1. §. si ex fundo, nu. 87. & 88. ff. de haere. inst. Fulgos. in l. 1. vbi Lud. Roman. Alex. n. 9. & Dec. n. 9. C. de testa. milit.*

Ampl. VII. Etiamsi ne quidem ex parte haereditatis, verum in re certa testator haeredes instituerit: nihilominus enim si nemo sit in haereditate tota vel eius parte institutus, ad ipsos haereditas pertinebit, *l. 1. §. si ex fundo, vbi gl. & Da. ordinarie, l. quoties, §. si duo, l. si alterius, l. ex facto proponebatur, ff. de haere. insti. l. cohaeredi, in fi. ff. de vulg. & pupill. pro qua sententia multos allegat Dauth. ad t. ff. de testam. n. 40.* Quinimo sicut institutio, sic etiam substitutio facta de re certa trahitur ad totam haereditatem, *per tex. d. l. cohaeredi, §. vlt. & l. si ita scriptum, §. qui filio, ff. de bon. poss. secund. tab. & vtrobiq; not. per Dd. Dauth. loc. rel. plures allegans.* Quod est intelligendum secundum tradita in ampl. proxime praecedenti, vt procedat in casu pupillaris substitutionis, de qua *d. §. vlt.* agit, pariter etiam locum habeat in casu vulgaris substitutionis, quando tota haereditas ad eum, cui testator in re certa substituit, peruentura fuisset, si haeres extitisset, siue quia solus est institutus, siue quia caeteri non extiterunt haeredes, eoq; portiones horum illi, nisi defecisset, jure accrescendi obuenissent: tunc enim quia nemo priore gradu haeres existit, testamentum à secundo gradu substitutionis incipit, in quo cum substitutus in re certa non habeat cohaeredem, merito consequitur vniuersum, prout argumentatur *Ias. in l. quoties, n. 1. C. de haere. inst.* Secus quando portio tantum haereditatis ad eum, cui testator vnum pluresve in re certa substituit, nisi prius decessisset, aut repudiasset, peruentura fuisset: tunc enim ad totam deficientis portionem substitutio facta in re certa trahi nec potest nec debet, cum per adducta in ampl. proxime praecedenti 27

pro hæredibus priore gradu institutis fundamenta hic peræque militantia, siquidem institutio & substitutio in re certa trahitur ad totam hæreditatem, ne quis partim testatus, partim intestatus decedat: quæ est vera & communis ratio, teste præ cœteris *Gomez. to. 1. var. resol. c. 10. n. 8.* tum etiam per regulam *l. quoties, C. de hær. inst.* cui procul dubio standū erit in proposito, quandoquidem casus noster ab ea nec in alia lege, nec ratione juris euidenti reperitur exceptus, & negari nō potest, eam non ad institutionem stricti sumtam esse restrictā, sed ita conceptam, vt æque compræhendat substitutionem, sive secundi hæredis institutionem, *l. si à primo, ff. de lib. & post. l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulg. & pup. & idipsum casu nostro sensisse videtur etiam Bologne. in l. Centurio, n. 178. vers. nec obstat quod possit, & vers. nec dicatur, ibi, & dato coharede, ff. de vulg. & pupill.*

28 Ampl. VIII. Etiamsi testator nominatim prohibuerit siue interdixerit, ne quid vltra res sive portiones assignatas ex hæreditate consequantur instituti vel substituti: nihilominus enim vbi non sunt hæredes alij, qui ex testamento succedant in residuo, tota deuoluetur ad illos hæreditas, *Dyn. in l. si quis ita hares instituatur, 82. vbi cæteri Dd. ff. de hare. inst.* & plurimos, qui hanc sententiam non modo communem, sed & magis communem dicant, recenset *Clar. §. testam. q. 74. vers. punctus est*, qui tandem subdit, hanc opinionem sustinendo testamento fauentem procul dubio magis communem, & ideo in practica sequendam esse: idem vltra Dd. ab eo allegatos testantur *Viglius in §. hareditas, n. 8. inst. de har. instit. Bologn. in l. re conjuncti, nu. 294. ff. de lega. 3. Joan. Cephal. consil. 438. nu. 79.* ac præ cœteris eam late tuetur atq; confirmat *Joan. de Imol. in l. 1. §. si ex fundo. n. 59. vsq; ad 71. ff. de har. inst.* idemq; veriorem perhibet in *l. si quis ita, 74. n. 3. ff. d. t. prout etiam Castr. in l. quoties, §. si duo, nu. 5. ff. d. t.* Sed cum in huiusmodi casu dubium non sit, quin sicut testator omnimodo valere testamentum suum, testatusque decedere voluit, cuius quidem voluntatis conseruandæ gratia, non obstante ipsius interdicto lex admittit, vt ad institutos aut substitutos tota deuoluatur hæreditas, *l. jus nostrum, ff. de reg. jur.* ita prohibitionem ea intentione institutioni sive substitutioni nominatim inseruerit, vt ad successores ab intestato residuum peruenire sese velle ostenderet, *Bart. in l. quoties, §. si duo, nu. 6. vbi Bald. nu. 4. Ioan. de Imol. n. 37. & reliqui Dd. ff. de har. instit. Salic. in l. quoties, n. 14. C. de hare. insti. Castr. in l. certi juris, n. 2. C. de testam. milit. Dd. in l. peto, §. idem dicimus, post tex. ibid. ff. de legat. 2. Vigl. in d. §. hareditas, num. 8. Ripa in l. re conjuncti, nu. 135. vbi Bologn. n. 294. ff. de lega. 3. Gomez. tom. 1. variar. resolut. c. 2. num. 10.* jurisque certissimi sit, non modo caussam testati prævalere caussæ intestati, *l. 1. in princ. ff. si tab. testa. nulla ex tab. t. 1. ff. si quis omissa caussa testa.* eamque vti magis fauorabilem, vniuersaliorem, & potentiorem trahere ad se caussam intestati, *l. si pars, ff. de inoff. testa. c. vlt. de sent. & re jud. Joan. de Imol. in l. 1. §. si ex fundo, num. 70. & in l. quoties, §. si duo, num. 42. ff. de hered. instit. Salic. in l. quoties, num. 14. vers. quarto quod non, C. de hered. instit. Sichard. in l. 1. num. 5. & 6. C. de testa. milit. Roland. Passagerius de testam. rub. 51. num. 14. & 55.* sed & eam interpretationem testamentis esse cumprimis adhibendam, vt voluntati testatoris, nisi quatenus eam leges non admittunt, *l. nemo, ff. de lega. 1.* per omnia satisfiat, *l. 1. & ibid. not. per Dd. C. de sacros. Eccl. l. cum questio, in fi. C. de leg. cum simil.* ac dispositionem testamentariam, quę directo jure ne quidem ab initio valere potest, ad fideicommissum, in quo voluntas magis est intuenda, quam verba, *l. cum virum, vers. sane, C. de fideic.* trahendam, adeoque sustinendam in vim fideicommissi, *l. filiusfam. §. vt quis heredem, ff. de legat. 1. l. cum quis decedens, §. Seiam, ff. de lega. 3. l. ex facto. l. Scauola, ff. ad Trebell. c. si pater, de testa. in 6. Dd. vbiq; nec non in l. verbis ciuilibus, & in l. centurio, ff. de vulg. & pupill.*

etiamsi

etiamsi nominatim fideicommissario
sit haud quicquam relictum, tex. not.
in l. peto, §. idem dicemus, vbi Dd. ff. de le-
ga. 2. l. qui filium, 74. in princ. ff. ad Tre-
bell. facit l. Titia cum testamento, §. fin. ff.
de lega. 2. l. si quis priore, ff. ad Trebell. l. fi-
deicommissa, §. hac verba, l. Pamphilo, in
princ. ff. de lega. 3. & arg. l. cum pater, §.
29 mando, ff. de legat. 2. hæredes † eo ipso
censeri debere grauatos à testatore,
vt successuris ab intestato, quorum
in gratiam & fauorem prohibitio fa-
cta fuit, residuum per fideicommis-
sum restituant, non immerito statue-
runt Salic. in d. l. quoties, n. 14. C. de hær.
instit. Corneus in l. quoties, §. si duo, ff. de
hære. inst. & consil. 231. n. 4. lib. 4. Bologne.
in d. l. re coniuncti, nu. 294. dicens hoc esse
tutius & probabilius, Menoch. de præsumt.
lib. 4. to. 1. præsum. 20. n. 14. idemque per
tex. d. l. peto, §. idem dicemus, & d. l. Ti-
tia cum test. §. vlt. in simili tenent Corn.
in l. extraneum, C. de hære. inst. Gomez.
tom. 1. var. resol. c. 2. n. 10. Grass. §. insti-
tutio, q. 24. n. 3. Dauth. ad l. 1. ff. de testam.
num. 294. & 295. Castrens. consil. 241. lib.
2. Paris. consil. 69. numer. 6. lib. 2. Decius
consil. 278. num. 1. Cephal. consil. 716. nu. 22.
lib. 5. Dilect. de arte testandi, t. de hære.
instit. caut. 5. num. 3. Pecc. de testam. con-
iugum, lib. 5. c. 4. nu. 3. in fi. Menoch. lib. 4.
de præsumt. to. 2. præsumt. 141. n. 5. Borgni-
nus Caualcan. de vsufr. mulieri relic. n. 79.
& in hunc modum sustineri potest,
quod in proposito Vigl. in d. §. hæreditas
n. 8. tradit, successores ab intestato ta-
cite institutos esse. Dissentit tamen
Ioan. de Imol. in d. l. 1. §. si ex fundo, n. 68. &
in d. l. quoties, §. si duo, nu. 42. ff. de hære.
instit. & ex recentiorib. Anton. Faber. de
error. pragmat. decad. 15. errore 7. Ille
quidem mouetur textu l. si quis ita hæ-
res institutus, 74. ff. d. t. vbi cum quis
esset institutus excepto fundo, per-
inde est jure civili, ac si sine ea re,
hoc est, detracta fundi exceptio-
ne, hæres institutus esset, Dd. ibid.
communiter, & ex recentiorib. Cuiac.
Constat autem hæredem sine tali ex-
ceptione institutum habere totum in
effectu, nec aliquid restituere. Sed
alteram, quæ pro excepto habet ex cer-
to, non autem exemplaris Florentini
lectionem esse genuinam, erudite o-
stendit Donell. lib. 6. comm. de jure ciuil.
c. 18. §. rei certa. Quin etiam retenta
lectione Florentina, communiq; in-
terpretatione, responderi non incom-
mode potest, haberi exceptionem pro
non apposita, respectu eius, de quo
principaliter illic agitur, juris nempe
succedendi in jus vniuersum defun-
cti, & consequenter etiam in fundum
exceptum, quippe sub hæreditate
contentum, l. nihil aliud, ff. de verb. sign.
an autem fundum exceptum, in quo
hæres jure ciuili testatori succedit per-
inde ac si non esset exceptus, restitue-
re successoribus ab intestato tenea-
tur, ibi nec quæritur, nec deciditur:
eoq; nihil omnino Saliceti aliorum-
ve sententiæ lex illa refragatur, per ea
quæ tradit Jas. in l. si pater impuberis, nu. 3.
& in l. qui duos, n. 5. ff. de vulg. & pup. Mo-
lin. ad l. vn. q. 9. n. 168. C. de sent. quæ pro eo
quod int. Hic vero nititur textu l. si quis
priore, ff. ad Trebell. in qua non suffice-
ret ad caussam fideicommissi indu-
cendi, quod testator posterioribus ta-
bulis priores valere jussisset, si verba
fideicommissi nulla inseruisset. Sed
cum Impp. ipsi declarent, quid eo loci
per verba fideicommissaria intelli-
gant, nempe, quibus, vt prius testa-
mentum valeret, expressum fuerat,
& verba, volo, mando, cupio, sive
similia sint fideicommissaria, quan-
tumvis dandi, præstandi, sive resti-
tuendi verbum eis minime subijcia-
tur, sed alia subsequantur, quæ licet
nō satis exprimant fideicommissum,
colligi tamen ex ijs possit voluntas
testatoris alicui suam hæreditatem
restitui cupientis, l. qui filium, ff. ad Tre-
bell. l. fideicommissa, §. hac verba, l. pater, §.
vlt. ff. de lega. 3. deniq; ratio decidendi
sine dubio consistat in eo, quod testa-
tor expresserit, vt prius testamentum
valeret, consequitur, decisionem d. l.
si quis priore, obtinere non ita demum,
si verbis fideicommissarijs vltra vali-
ditatem prioris testamenti aliquid
amplius cautum fuerit, ex quo fidei-
commissum inducatur, verumetiam

quando saltem fuit expressum, vt prius testamentum valeret. Cumq; ex eo, quod prius testamentum testator valere jusit, sit euidens voluntas ipsius cupientis, vt ad hæredes priore testamento scriptos hæreditas perueniat, & ad sustinendam euidentem defuncti voluntatem sit benigna juris interpretatione receptum, vt dispositio, quæ directo jure valere nequit, ad fideicommissum trahatur, etiamsi facta sit in codicillis, & verba desint fideicommissaria, *l. cum quis decedens, §. Seiam, ff. de lega. 2. l. Scæuola, ff. ad Trebell.* certe dispositio, vt prius testamentum valeat, posteriore testamento facta, tanto magis in vim fideicommissi, quandoquidem jure directo valere nequit, sustineri debebit ac poterit, vtcunque desint alia fideicommissi verba, quantum codicillis testamentum prævalet atq; præponderat. Vrget insuper, quod euincere nititur ipse *lib. 14. conjectur. c. 2.* sola voluntatis conjectura fideicommissum non induci, si certa siue solennia fideicommissi verba desint, *l. pater, §. penult. l. testatorem, §. 1. ff. de lega. 3. l. generali, in princ. ff. de vsufr. lega. l. Titia cum testamento, in princ. & §. Caius Seius, ff. de lega. 2. l. fideicommissa, §. si ita quis, ff. de lega. 3.*

30 Sed verius † arbitror, sufficere ad inducendum fideicommissum, si de voluntate defuncti cupientis hæreditatē suam alicui restitui, liquido constet, etiamsi verba fideicommissi cessent: Tum, 1. quod in fideicommissis inducendis testatoris voluntas potius attendenda sit, quam verba, *l. cum virum, C. de fideico. l. fideicommissa, §. item si quis, ff. de lega. 3.* nec defunctus eam elegisse viam præsumatur, qua dispositio sua euertatur, *§. idemq; juris, inst. quib. ex causs. manum.* sed potius eam quovis alio modo valere voluisse credatur, quo de jure sustineri potest, hodie præsertim, vbi quælibet verba significantia legitimum sensum testatoris fideicommittere volentis sufficiunt, *l. 2. C. commu. de lega.* & verba olim in dispositionibus fideicommissarijs vsurpari solita, non aliam ob caussam vsu potissimum recepta fuerint, quam vt euidenter voluntas testatoris exprimeretur, *l. libertates, 16. ff. de fideic. libert.* quę cum in proposito sine illis liquido constare supponatur, nihil eorum defectus obesse fideicommisso inducendo poterit. Tum, 2. quod *Ant. Fab. li. 14. conject. c. 6.* ipsemet admittit, prohibita liberis a testatore prædiorum alienatione, deesse fideicommissi verba, nihilominus induci fideicommissum ex voluntate testatoris, quę cum seruanda sit, quia neq; contra leges est, neq; contra bonos mores, aliter tamen seruari, effectumq; sortiri nequit, quam si in pœnam alienantis fideicommissum inducatur, *l. cum pater, §. libertis, ff. de lega. 2.* Pari namq; ratione dici potest, prohibitionem, ne in re certa institutus quid amplius capiat, non esse contra bonos mores, nec contra leges, siquidem jus nostrum non minus hanc, quam illam admittit, certe neutiquam interdicit, ne altera vel vtraque testamentis inseratur. Sed vt illic dispositio testatoris sit inutilis & frustratoria, hęrede impune alienante, nisi fideicommissum, quod verbis testator neutiquam expresit, inducatur, ita hic vsuuenit, vt prohibitio legibus alioqui minime contraria sit inutilis futura, institutis testatori saltem testato, non autem simul intestato decedere valenti succedentibus in tota hæreditate, nisi fideicommissum, verbis quidem à testatore non expressum, voluntati tamen eius vel maxime consentaneum inducatur, & hæredibus ab intestato successuris relictũ intelligatur. Tum, 3. quia nec olim præcise requirebantur ad fideicommissum verba dispositiua, sed & alia sufficiebant, enunciatiue potius, quã in modum dispositionis prolata, dummodo voluntas testatoris fideicommittere cupientis ijs euidenter exprimeretur, *l. & eo modo relictum; 118. in fi. ff. de lega. 1. l. fideicommissa, §. si quis ita, ff. de lega. 3.* Proinde licet in proposito testator expressa dispositione hæredibus ab intestato fideicommissum non reliquerit, tamen cum prohibendo, ne

quid

quid amplius capiant instituti, manifeste declarauerit, velle sese, vt hæreditas residua ad successores ab intestato perueniat, non autem posset directo peruenire obstante *l. jus nostrum, ff. de reg. jur.* eoque restet, vt ad eos per fideicommissum hæreditatem peruenire voluerit, non minus prior illa dispositio prohibitiua animo fideicommittendi procul dubio facta, inducendo fideicommisso sufficere debebit ac poterit, quam verba enunciatiue prolata. Vtut enim omissa fideicommissi verba sint, quia tamen cœtera, quæ leguntur, cum his, quæ scribi debuerant, congruunt, recte datum & minus scriptum exemplo institutionis legatorumq;, intelligitur, vt ait Papinianus in *l. unum ex familia, §. si omissa, ff. de lega. 2.* Tum, 4. per text. *l. Titia cum testamento, §. ult. d. l. unum ex famil. §. ult. l. peto, §. idem dicemus, l. cum pater, §. donationis, ff. de lega. 2. l. fideicommissa, §. hæc verba, l. Pamphilo, in pr. & §. 1. ff. de lega. 3. l. Titia, §. qui Marco, ff. de ann. lega. l. si cui legatum, cum l. seq. ff. de condit. & demonst. l. quamuis, C. de fidei. om. l. qui filium, ff. ad Treb.* quibus dispositiua fideicõmissi verba desunt, nihilominus propter apertã, quam defuncti dispositio præ se fert, fideicõmittendi voluntatem, fideicommissum esse relictum siue deberi deciditur. Respõdet quidem *Anton. Fab. d. c. 2.* illic non tam propter apertam fideicommittẽdi voluntatem, quæ non suffecisset inducendo fideicommisso, quam vigore imperialium rescriptorum, quæ ICti allegant, fideicommissum intelligi relictum. Sed ICti allegant imperialia rescripta, non quasi diuersum responsuri fuerint, nisi rescripto imperiali foret ita decisum, alioqui suã peculiariter expressissent aut innuissent sententiam, sed potius idipsum, quod rescripto asseritur, juris rationi consentaneum arbitrantur, nec alia intẽtione allegasse rescript. videntur, quã ut sententiam suam non esse nouam, sed pridem ab Impp. probatam ostenderent. Vnde nihil est in eorum responsis frequentius, quam vt pro sententiæ suæ confirmatione autoritatem imperialium rescriptorum allegent. Quin etsi fuisset apud ICtos olim controuersum, an sine verbis dispositiuis fideicommissum debeat intelligi relictum, si de voluntate fideicommittendi appareat, tamẽ postquam toties consulti Impp. responderunt, fideicommissum deberi, quãtumuis non expresse relictum, certe non amplius ambigendum fuit, quin affirmatiua sententia regulariter obtinere, & aperta fideicommittendi voluntas defectui verborum fideicommissariorum benigna juris interpretatione siue humanitate suggerente præualere debuerit. Vnde Scæuola D. Marci rescriptum á Papiniano relatum in *d. l. vnum ex famil. §. ult.* quod peculiariter ad casum eo loci propositum restringere frustra conatur Faber, producit in *d. l. Pamphilo, in princ.* ad aliam longe diuersam facti speciem, in eo tamen casui *d. §. ultim.* similem, quod utrobique verba quidem fideicommissi cessabant, voluntas autem fideicommittendi non obscura erat. Nam quod Anton. Faber similitudinem in eo constituit *lib. 14. coniectur. c. 3.* quod non minore obsequendi necessitate patrono libertus, quam vxor marito, teneatur, vix admittere possum. cum honor bene transacti matrimonij, & obsequium marito vel post ipsius mortẽ ab vxore debitum, inuicem plurimũ discrepent, nec honorem bene transacti matrimonij solum, se cum primis etiam fidem communium liberorum Papinian. ponderet, quam in liberto deficere, nemo nõ intelligit. Cum vero inhumanum esse, Scæuola perhibet, sententiam defuncti à liberto decipi, non ideo liberti meminit, vt in alio legatario vel hærede non idem juris esse innueret, sed quod in facti specie ICto proposita liberto legatum fuerat, partim etiam, vt ostenderet, eo minus in illa facti specie dubitandũ esse de fideicõmisso, quanto inhumanius est, á liberto, quã ab alio quopiã legatario voluntatem defuncti decipi.

Neq; solertissimi Fabri conіecturæ tanti videntur esse momenti, vt propterea cum eo suspicandum sit, in *d. l. Pamphilo*, versiculum, *sed cum*, à Triboniano respiciente ad Iustiniani cōstitutionem in *l. 2. C. commu. de leg.* fuisse insertum. Cur enim Scæuolæ responsum contra Iustiniani prohibitionem eo loci recensuisset, quod correctum esse nosset? aut quorsum inter alia pro ratione decidendi allegasset D. Marci rescriptū in alio casu loquens, quandoquidem vel sine rationis, nedum veteris alicuius rescripti allegatione abunde suffecisset asserere, humanitate suggerente obtinuisse, siue, humanius esse, vt fideicommissum debeatur. Annon Scæuola, dum ait, *quantum ad verba testatoris pertinet*, satis ostendit, sequentem vers. de testatoris voluntate verborum defectui præferenda, esse suum? quod ipsum vel ex particula *quidem* colligere licet, quę cum responsi in parte priore, quam Scęuolæ fuisse Faber admittit, reperiatur, oratio Scæuolæ mutila & imperfecta erit, si vers. *sed cum*, à Triboniano additum esse statuatur: nec enim fingere licet, voculam *quidem* à Triboniano Scæuolæ verbis immixtam fuisse, cum nulla eius inserendæ caussa Triboniano fuerit, quandoquidem vers. *sed cum*, satis apte cum præcedētibus absq; vocula *quidem* cohæret. Verum enimvero si maxime de textibus, in quibus Imperiale rescriptum adducitur, ambigi posset, tamen allata responsio confunditur per *l. Titia cum testa. §. ult. l. peto, §. idem dicemus, l. cum pater, §. donationis, ff. de lega. 2. l. fideicommissa, §. hæc verba, ff. de lega. 3. l. Titia, §. qui Marco, ff. de ann. lega. l. alumna, ff. de adim. lega.* quibus æque sine expressa dispositione seu verbis fideicommissariis fideicommissum inductum intelligitur, nec tamen imperiale rescriptum in eis allegatur. Quod enim Faber arbitratur, in *d. §. qui Marco*, annua deberi ex vi particulæ *&* quæ ponatur pro *etiam*, & faciat, vt in proposito perinde sit, ac si scriptum esset, *veruntamen & eo amplius Marco dari octingenta volo*, probari vix potest, cum dictio *&* in dubio potius apte cōnectendi, quam implicandi vim obtineat, vti nec implicandi vim sortiri tum videtur, cum in eo, cui dictio *&* apponitur, nominatim quid aliud disponitur, vt in *d. §. qui Marco*, in quo si ex vi particulæ *&*, annua Marco deberentur, sequeretur, ea Marco deberi, etiamsi ex testatoris amicis non esset, cum tamen eo loci ratio decidēdi præcipue in eo fundata videatur, quod Marcus ex amicis testatoris fuerit, cui ne quid deesset, annua certa testator, cum viueret, pręstari consueverat, ac proinde generali oratione peræque compræhendatur, nec legatum oratione sequenti specialiter ei relictum, in dubio accipiendum, quasi fuerit ea mente relictum, vt legatarius eo sit contentus, deq; anteriore oratione generali exceptus intelligatur, cum præsertim pleniorem vltimę voluntates merantur interpretationem, *l. in testamentis, ff. de regul. jur.* Et vt detur, vi particulæ *&* annua deberi, attamen cum verba dispositiua de præstandis his, quæ testator Marco cœterisq; amicis præstare consueuerat, desint, quandoquidem ne quidē dictiones implicatiuæ per sese quicquam disponunt, saltem hinc ex quadam consequentia fideicommissum alioqui non expressum inferre liceat, satis etiamnum inde, prout etiam ex *l. cum filius, §. pater, ff. de lega. 2.* comprobabitur, quod contendimus, claram fideicommittendi voluntatem sufficere, vtcunq; verba ad exprimēdum fideicommissum satis idonea essent. Sed & in *d. l. alumna*, vers. *certa sum*, satis ostendit ICtus, testatorem de persona Mæuij saltem, non etiam hæredis eius sensisse, cum in *d. vers. certa*, seorsim exponat, quid post Mæuij mortem ab eius hærede fieri velit: quod superuacuum planeq; frustratorium foret, si Mæuij hæredem in præcedentibus compræhendere voluisse censeatur: vti nec Scæuola d. v. *certa*, relaturus fuisset, quippe nihil ad quæstionis ibi propositæ decisionē

alioqui

alioqui facientem, verbisque ad exprimendum fideicommissum satis idoneis destitutum, nisi eo fine recensuisset, vt ex verbis eius fideicommissum conijceret. Nec obstant leges, quibus Faber, vt à reliquis interpretibus dissentiat, mouetur. Etenim in *d.l.pater, §.penult.* prædia per fideicõmissum relicta negantur, non tamen ob defectum verborum exprimendo fideicommisso non idoneorum, alioqui, nec in *l.filiusfam. §.diui, 2.ff. de legat. 1.* legibusque concordantibus fideicommisso locus esse posset, verum quia testatrix filios ea de re sibi inuicem cauere iusserat: quibus cautionibus cum testatricis voluntati rite seruandæ, pariterque filiis, quorum fauore alienatio prohibita fuit, abunde sit prospectum, nihil opus est, in pœnam alienantis induci fideicommissum, *arg.l.cum pater, §.libertu, ff.de lega. 2.* In *d.l.testatorem, §.1.ff.de leg.3.* verba minime præ se ferunt fideicommittendi voluntatem, siquidem illis testator eos hortatur modo, quos alloquitur, vt agros curent attendere, nec quid à filio si pareant hortationi, fieri velit, sed quid verisimile sibi videatur, filium illorum industria laboreq; inuitatum per sese motu proprio cuiusdam remunerationis gratia esse facturum exponit. Similiter in *l. generali,in pr.ff.de vsufr. lega.* non apparet fieicommittendi voluntas. Vtenim omittam, quod vsumfructum solummodo non fuisset legaturus testator, si proprietatem quoq; legatarium consequi voluisset, id modo verbis ad legatariũ directis exponit, quid putet ei profuturum, si cum hærede potius concordauerit, quam contenderit, neutiquam vero suam de proprietate in legatarium transferenda voluntatem prodit, contrarium potius innuit, dum suadet, vt omissa cõtentionis offẽsione animũ hęredis cõcordia delinire studeat, omneq; spem ei præcidit inuito hærede consequendi proprietatem: hæredi vero necessitatem transferendi proprietatem non imponit, sed consilium solummodo de amicitia cũm legatario colenda generale suppeditat, vt verba postrema, *hoc enim vobis expedit*, luculenter euincunt: consilium autem testatoris regulariter necessitatem pręstandi siue restituendi non importat, *l.cum pater, §.mando, ff.de lega.2. l. fideicommissa, §.hæc verba, ff.de leg.3.* Proinde nõ mirum, si tam in *d.l.generali*, quam in *d.l.testatorem, §.1.* negatur fideicommissum deberi, cum non ex quibusvis promiscue verbis, sed apertam demum fideicommittendi voluntatem præ se ferentibus fideicommissum cõijci queat. Secus vbi verba non quidem dispositiua sunt, fideicommissum tamen vi consequentis vnà secum important, siue implicant, vti sunt, quæ indubitatam in testatore animi persuasionem de re siue hæreditate restituenda denotant, *l.& eo modo, versic. ficto, ff. de legatis, 1. l. vnum ex famil. §. vlt, ff.de lega. 2. l. Pamphilo, ff. de lega. 3. l. Titia, §. qui Marco, ff. de ann. lega. l. alumnæ, ff. de alim. lega.* talis enim persuasio pręsupponit necessitatem præstandi fideicommissi, quę nisi cuipiam incumbat, longe verisimilius est, nihil restitutum iri, quandoquidem suũ nemo facile iactare præsumitur, *l.cum in debito, ff.de probat.* necessitas autem restituendi intelligi nequit imposita sine voluntate siue animo fideicommittendi. Quod vero in *l. Titia cum testam. in princ. ff. de lega. 2.* ex verbis, *cum legauero*, nec fideicommissum nec legatum conijcitur, hinc vsuuenit, quod in futuro legandi verbum protulit testator, eoq; cum postea non legarit mancipia quæ legaturum se dixerat, nihil aliud præsumi potest, quam eum pœnituisse, legandiq; voluntatem mutasse: Cumq; filia non nisi sub modo, siue cũ prætextu emolumenti legato consequendi sit rogata manumittere Stich. & emolumento sit ex voluntate defuncti caritura, consequitur, eam nõ posse compelli, seruo suo libertatẽ dare. Minus officit *d.l.Tit. cũ test. §.Ca.Sei*, quia nõ ea proponũtur ibi verba, ex quib. eluceat, voluisse testatorem, ab ipso transl. in pretorium

vxoris

vxoris præcipua ad eam pertinere, ut ICtus ipse profitetur, qui proinde uxori onus probandi talem voluntatē iniungit, non iniuncturus, nisi claram fideicommittendi voluntatem cum quoque, cum verba exprimendo fideicommisso minus idonea videntur, sufficere inducendo fideicommisso statueret. In *l. fideicommissa, §. si ita quis, ff. de lega. 3.* testator usurpauit verbum *commendo*, quo nec fideicommissum exprimi, nec fideicommittendi voluntatem vllatenus denotari constat inter omnes, & nominatim asserit Vlpian. ibid.

31 Limitanda † vero prædicta conclusio primo, ne procedat in milite, qui si certis in rebus hæredes instituat, residuum patrimonium, non ad institutos, sed ad successores ab intestato pertinebit ex caussa intestati, *tex. in l. 1. & 2. C. de testam. milit. l. si miles vnum, ff. d. t. gl. in l. 1. §. si ex fundo, ubi late Joa. de Im. n. 87. 88. & 89. ff. de hær. inst. Ang. in l. sed si plures, §. ad substitutos, ff. de vulg. & pupill. Raphael Cum. in d. l. si miles, & in l. si duob. ff. de testam. milit. Fulgos. in d. l. 1. ubi Lud. Rom. Alexa. nu. 9. & Cato Sacius. C. de testa. mil. Vasquius lib. 1. de success. resolut. §. 9. nume. 16. Donell. lib. 6. comment. de jure ciuil. c. 28. §. miles hæredem, Dauth. ad t. de testam. num. 41.* licet *gl. in d. l. si miles, & in d. l. 1. & utrobiq. Dd.* communiter, *teste Ioan. de Imol. & Alex. loc. præcit.* contrarium teneant, quorum sententiam sequuntur & cōmunem dicunt *Iason in d. l. 1. num. 10. & 12. Cagnol. in l. jus nostrum nume. 9. ff. de Regul. jur. Clarus §. testament. quæst. 16. Grassus & per eum relati, §. testament. q. 8. num. 5.* per *l. si certarum, ff. de testamen. mil.* ad quam respondet *Ioan. de Jmol. in d. §. si ex fundo, num. 86. & 87. ac post alios nouissime Vasquius d. §. 9. num. 13.* Illud vero longe magis controuersum, quando miles hæredes in partib. quidem hæreditatis instituit, minus autē asse distribuit siue asignauit, puta, si vnum vel duos in semisse instituat, vel tres ex tribus quadrantibus, vtrū in residuo decedat intestatus, an vero hæredibus illud pro rata portionum asignatarum accrescat? Et quod institutis accrescat, est communis glossarum & interpretum opinio, de qua post *Ioan. de Imol. & Alex.* testatur *Iason in d. l. 1. num. 10. & 12. Vigl. in §. hæreditas, nume. 5. instit. de hær. inst.* per text. *l. quanquam, C. de test. mil.* ex quo theoricam extruunt, quod in dubio miles jure potius communi, quam priuilegio siue jure militari testari videatur, quā perhibent esse communem *Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 24. num. 41. Grassus §. testam. q. 9. Dauth. ad d. t. de testam. nu. 41.* Sed verius est, militem hic etiam in residuo decedere intestatum, *Theophil. in paraphrasi ad d. §. hæreditas, ubi Vigl. n. 6. inst. de hær. inst. Ioan. de Jmol. in d. l. 1. §. si ex fundo, nu. 87. & 88. ff. de hær. instit. Fulgos. in d. l. 1. ubi Lud. Rom. Alex. nu. 9. Dec. n. 9. dicens* veriorem, *C. de testam. mil. Donell. lib. 6. c. 22. §. si hæredes.* Tum, 1. quod institutis in testamento pagani propterea residuum accrescat, quia nequit in eo quisquam ab intestato succedere, *d. §. hæreditas, vers. neq. enim*, cum è diuerso miles in residuo posit ab intestato successores habere: proinde sicut in militari testamento ratio cessat ab Imp. asignata, ita necesse est etiam in eo cessare dispositionem legis, *c. cum cessante, de appellat. cum simi.* Nec dici potest, hoc argumentum procedere, quando miles jure militari testatur, sed in dubio præsumi vsum jure communi: hoc enim est maxime controuersum, nec obscure contrarium colligi videtur ex *l. si miles vnum, ff. de test. mil. quam præ cæteris ponderat Ioa. de Jm. in d. §. si ex fundo, n. 87.* nec non ex *l. si duob. ff. d. t.* idq; post alios late defendit *Vasq. de succes. creat. lib. 3. §. 24. n. 40. & seqq.* Et vt admittatur theorica communis, tamen in dubio saltem procedit, quando non in contrarium coniectura suppetit, *l. 3. ff. de testa. mil.* cum è diuerso in proposito tam verba, quam dispositio coniecturam contrariæ voluntatis euidentem præbeant: siquidem verbis ita partes distributæ sunt & expressæ, vt totum complere minime queant, cum non sit à verbis in dubio recedēdum,

l. 1. §.

l. 1. §. sed si sciente, vers. in re igitur, ff. de exerc. act. l. non aliter, ff. de leg. 2. & voluntas, vti verbis expressa est, seruari nequeat, nisi duntaxat in partibus sibi assignatis succedant instituti, coque testamentum jure militari conditum intelligatur, patet inde, testatorem jure militari uti voluisse, *per ea quæ post alios tradit Cast. in l. certi juris, num. 4. C. de test. mil.* ipsa vero dispositio, cum satis ostendat, quantum hæredibus à testatore assignatum, quidue residuũ remaneat, nec si verisimile, quenquã in testamento minus assignare honorato, quam ad eum ex hæreditate sua pertinere velit, aliud enim diceret, aliud vellet, contra *l. 3. ff. de reb. dub.* vel hinc apparet, testatorem jure militari potius testari, quam præcisam suæ dispositionis obseruantiam in partibus assignatis atq; distributis remittere voluisse, *d. l. 3. ff. de testa. mil.* Tum, 2. quia communis opinio nititur vnico textu *l. quanquam, C. de test. mil.* qui neutiquam probat illam, siquidem eodem casu loquitur, cum distribuit miles hæreditatem simpliciter sub nomine partium non quotarum, sed numeris modo distinctarum, vel vnciarum, quæ cum huiusmodi partibus in legibus plerumque confundi solent, nec minus, vt illæ, tantum totius, quando nemo sine parte scriptus est hęres, cuius ex adiectione colligatur, testatorem plures, quam expresserit, partes hæreditatis esse voluisse, portionẽ denotant, quantam numerus partium à testatore expressarum importat, puta, si tres vncias testator inter hæredes distribuit, nemine præterea sine parte scripto hærede, ut in *d. l. quanquam*, unaquæq; portionem hæreditatis tertiam, si quatuor, quartam denotat, & ita deinceps: tali vero casu, qualis in d. l. proponitur, nemo negat, hæredes à milite institutos, licet eis pauciores, quam duodecim, partes siue uncias assignauerit, nihilominus integram hæreditatẽ consequi, sed hoc ideo fit, quia non est obscura tã militis, quam pagani cuiusq; testatoris voluntas, quod secundum potestatem jure communi sibi competentem, tot hæreditatis, quot verbis apertis claraque dispositione expressit, esse partes, ijsque patrimonium suum contineri totum voluerit, prout etiam superius ostensum. Secus est, quando non sub nomine simplici partium, sed quotarum vel partium assis vncias plures coniunctim denotantium, puta, sextantis, quadrantis, &c. testator hæreditatem distribuit: tunc enim constat, aliquid esse residuum, quod testator hæredibus nõ assignauit, quodue partibus illis expressis contineri nequit, nisi quatenus ex post facto in successione ex testamento pagani pro rata ijs accedit, *§. hæreditas, vers. etsi unum, juncto §. videamus, vers. & constat, insti. de hær. inst.* Quo fit, ut *d. l. quanquam*, huc extendi siue generaliter accipi nec debeat nec possit. Ac licet *Jas. in l. 1. n. 12. C. de testamen. mil.* excipiat, *in d. l. quanquam*, per vnciam necessario duodecimam hæreditatis portionem esse intelligendam, quia residuarum portionum Imperator meminit, & in fine sextantis, cuius significatio restringitur ad uncias minutas: nihil tamen id officit, siquidem ab Imperatore mentio facta est residuarum, nõ quasi mãserint aliquot vnciæ siue partes residuæ, quas miles non distribuerit, hoc enim inficiatur Imperator ipse, quãdo subijcit, apparere, eum in tres partes diuisisse hæreditatem: sed vt denotaretur, nullas eo casu residuas esse, quandoquidem de portionib. nouem, quæ residuæ forent, si miles per vnciam portionem totius duodecimam intellexisset siue intelligi voluisset, nihil significauerat, nec præsumendum erat, eum plures hæreditatis esse partes voluisse, quam verbis expresserat, *l. interdum, §. ult. l. Iul. §. ult. l. si ita scrip. §. 1. l. Clem. ff. de hæred. inst.* Sextantis autem nomine cum non testator, quem duab. ex uncijs instituisse filiam, initio legis perhibetur, sed Imp. usus fuerit ad euitandã binarum partiũ siue vnciarum iteratã inculcationẽ, nihil inde, quod nobis aduersetur, in-

inferri potest, vt agnoscit Iason ipse *loc. rel.* Tum, 3. per *l. si duob. ff. de test. mil.* ubi miles duos hæredes simpliciter instituit, neutri certam partem assignauit, & in totum decedere testatus voluit, quod inde constat, quia nec patrimonia siue bona sua distinxit, nec ad certas res vel partes hæreditatis institutionem restrinxit: nihilominus altero hæredum postea repudiante, successioni ab intestato locus est in portione vacante. Quod si is, quem miles simpliciter instituit, consequi portionem vacantem nequit, quanto minus ille vel ij, quibus certas partes miles asscripsit, poterunt vel debebant eam consequi: Rursus si miles, qui voluit in totum decedere testatus, nihilomin. in parte vacante successores habet ab intestato, quādo hæredū vnus repudiat, quanto magis dicendum erit, cum pro parte decedere intestatum, qui non in tota hæreditate instituit hæredes, vt verisimile sit, eū in residuo hæredes ab intestato habere voluisse. Tum 4. per *l. miles ita, 41. in princ. ff. de test. mil.* ubi tempus & res, hoc est, hæreditas, quo ad institutionem hæredum æquiparantur inuicē, præsertim in testamēto militari: Certi vero juris, quando miles pro parte temporis, puta, vsq; ad annos decem, hæredem instituit, eum pro residuo tempore decedere intestatum, vt elapso tempore institutioni apposito desinat esse hæres. & intestati caussa locum habeat, *per tex. ibid. & l. certi juris, C. de testa. mili.* Idem igitur juris erit, quando miles non in tota hæreditate, sed pro parte tantum hæredes instituit, vt in ea saltem parte succedant, & in residua successores ab intestato præferantur. Tum, 5. quod in testamento militis jus accrescendi locum non habeat, *Bald. in d. l. si duob. per text. ibid. Men. de præsumt. lib. 4. so. 1. præsu. 14. n. 3.* Ergo residuum institutis in testamento non assignatum eis accrescere nequit, & consequenter ad successores ab intestato pertinet. Tum. 6. quod in testamento militis nuda sufficiat ipsius voluntas, & omnis diligentia vel interpretatio legis reijciatur, *ut est tex. in l. 1. ff. de test. mil.* proinde nec admittantur in eo coniecturæ à sola lege extrinsecus consideratæ, quæ magis ex juris subtilitate, quam mente & cogitatione testatorum supplentur, *Alciat. ad rub. ff. de vulg. & pup. num. 6. & in l. 1. nu. 142. & in l. centurio, num. 35. & in l. Lucius, num. 20. ff. de vulg. & pup. Vigl. in princ. num. 17. instit. de pupill. Vaconius lib. 4. declarationum juris, c. 54. & c. 63. num. 11. Men. d. præsumt. 14. n. 4.* sed eæ demum, quæ ex circumstantiis facti siue dispositis à testatore colliguntur, *Vigl. lo. rel. & allegati per Men. d. præsu. 14. num. 1.* Dubium vero non est, quin magis ex subtilitate, rigoreque juris, quam ex voluntate testatoris procedat coniectura, qua residuum sibi non assignatum instituti consequuntur, *Bartol. & Dd. in l. si in testamento, ff. de vulg. & pup. Vigl. in d. §. hæreditas, num. 5. Duaren. lib. 1. de jure accresc. c. 1. & lib. 2. c. 16. Menoch. de præsum. lib. 4. so. 1. præsum. 14. numer. 4. & late præsu. 86.* Quare talis coniectura locum in testamento militis habere nequit, ac proinde residuum accrescet institutis, sed ab intestato successuris obueniet.

32 Declaranda † secundò: Cum institutio vel substitutio hæredum in re certa trahitur ad vniuersum defuncti patrimonium, non secundum partes, quas in re certa testator eis assignauit, sed partibus æquis in hæreditate succedunt, quasi sine partibus aut æqualiter instituti. *text. in l. quoties, §. si duo, & in l. si alterius, nec non in l. ex facto proponeb. vers. erunt quidem, & ubiq; Dd. ff. de her. instit. Salic. in l. quoties, num. 6. C. de her. instit. Loriot. in axiomatib. 1. de her. institut. ax. 16. Gomez. to. 1. c. 10. nume. 14. Donell. lib. 6. c. 18. §. sed quod dicitur. Mantica de coniect. vltim. vol. lib. 4. tit. 9. n. 5. Men. de præs. lib. 4. so. 2. præs. 15. num. 5. Dauth. de testam. num. 45. Anto. Fab. de error. prag. deca. 15. err. 7. & post Fulgos. in l. 1. C. si adue. transac. communem dicit Grassus §. institutio, q. 22. n. 8.* Cuius quidem ratio non est obscura, quia cum rei, cuius partes

partes testator distribuit, assignatio pro non adiecta sive non scripta habeatur, quantum quidem institutorũ successionẽ in jus vniuersum defuncti attinet, d. §. si duo, d. l. si alterius, l. si quis ita hæres, 74. ff. de hær. inst. consequens est etiam rei partes, earumve distributionem eadem ratione respectuq; haberi pro non scriptis, eoq; institutos ad hæreditatem æqualiter esse admit-
33 tendos, jur. pracit. Nõ † tamen ipsa res, in qua fuerunt partibus disparibꝰ instituti, pertinebit ad eos æqualiter, sed in ea quisq; partem à testatore sibi assignatam habebit, gl. in d. l. si alterius, vbi Bar. Bald. & reliqui Dd. Raph. Cum. in d. §. si duo, vbi Castr. n. 3. Joa. de Imol. n. 34. Gomez. d. c. 10. nu. 14. Lerios. d. ax. 16. Mantica d. l. 9. n. 5. sensitq; Graff. d. q. 22. n. 8. Rei namq; certæ mentio detrahitur saltem quo ad institutionem, vt tenent Dd. paulo ante relati, & patet ex d. §. si duo, vbi monstratur, quem ad finem detrahatur fundi mentio, vt scilicet instituti potiantur hæreditate tota, quasi sine partibus hæredes scripti: Quo fit, vt æqualitas illa successionis in tota hæreditate, nihil obstet, quo minus hæredum quisq; partem rei certæ sibi nominatim assignatam consequi debeat, secundum claram defuncti voluntatem, cui sine dubio standum, cum pro lege habeatur, l. in conditionib. ff. de cond. & demonst. §. disponat, in auth. de nupt. quatenus cõtraria legibus non est, nec formam ab eis præscriptam transgredimur, l. nemo potest, ff. de lega. 1. Probatur idem per d. l. ex facto propon. & l. qui non militabat, in princ. ff. de hære. inst. vbi certis ac diuersis ex rebus instituti partibus quidem æquis hæredes fieri perhibentur, sic tamen, vt ipsæ res vice præceptionis accipiendæ sint, & eas quisque, in quibus erat institutus, etiamsi partem bonorum longe maximam, puta, dodrantem, faciant, jure cujusdam prælegati consequi debeat, tanquam sibi prælegatas: hoc vero cum de rebus ipsis, quæ pro non assignatis quo ad institutionem habentur, statuatur, idem in partibus rei nominatim à testatore inter institutos distributis æque vel magis procedere necesse est, l. quæ de tota, ff. de rei vendic. cum simil. & sensere Dd. paulo ante relati, ac præ cæteris Donell. d. c. 18. §. sed quod dicitur, Cuiac. in d. l. qui non militabat.

Aut deniq; testator plures, quam toto sive asse continentur, partes expressit, sive distribuit, quod est tertium & vltimum propositæ distinctionis membrum: Hic † si liquido con- 34
stet de voluntate testatoris, quod assem excedere, pluresve quam duodecim partes constituere, nec quicquam de eo, quod vni assignauit, per assignationem sive totius sive partis alteri factam adimere voluerit, inter omnes conuenit, omnimodo seruandam esse defuncti voluntatem & hæreditatem eius in tot partes diuidendam, quod expressit sive constituit: quæ si reducantur ad solennem assis distributionem, numero quidem pauciores erunt, at quantitate maiores, vt quisq; institutorũ tantundem sub minore partium numero consequatur, quantum diuisa tot in partes, quot à testatore distributæ sunt, hæreditate sub maiore numero partium habiturus erat, l. interdum, §. paterfam. ff. de hær. inst. §. hæreditas, vers. & ex contrario, & §. videamus, vers. & ex diuerso, inst. d. t. vtrobiq; gl. & Dd. & in l. cum quæstio, C. de lega. Donell. lib. 6. c. 22. §. altera incertitudo, Graff. d. §. institutio, q. 21. n. 4. Similiter vbi constat, quod assem testator excedere noluerit, sed vni adimere voluerit, quod alteri vltra assem assignauit, neutiquam tot partes hæreditatis constituentur, quot expressit, sed quas illi ademtas voluit, eæ deducentur ei, & alteri secundum apertam testatoris voluntatem applicabuntur: in quo iterum conueniunt gl. & Dd. loc. pracit. maxime in d. l. cum quæstio post tex. ibid. Obseruandum tamen, vni pluribusve, quibus adimere testator voluit, tum quidem id omne, quod alteri fuit assignatum, deduci, quãdo integer as ei vel ijs fuit adscriptus: At cum aliquæ modo par-

tes assignatæ fuerunt, alteri partes
assis residuæ cedent, & quod vltra
eas etiamnum portioni, quam testa-
tor eum habere voluit, deesse reperie-
tur, partibus illius illorumve detrahe-
re poterit, nisi forte pariter id quoq;
constet, voluisse testatorem vnius plu-
riumve partibus integram portio-
nem alteri assignatam adimere, ver-
bi gratia, testator Titium & Seium
in nouem vncijs hæredes scripsit, po-
stea Caium instituit, quem è duode-
cim suæ hæreditatis vncijs sex habe-
re jussit: constat ex verbis testatoris,
eum assem excedere noluisse, licet
nouem illis, huic sex vncias asscripse-
rit, eoq; residuæ tres vnciæ, quæ vl-
tra nouem vncias illis assignatas re-
stant, Caio tribuentur, & insuper a-
liæ tres vnciæ, quæ ipsi etiamnum
desunt, partibus illorum, hoc est, no-
uem vncijs detrahentur, vt Caius in-
tegras sex vncias sibi relictas adipi-
scatur, sex alias illi retineant: Secus
si testator Caium sex vncias habere
jussisset de nouem vncijs Titio & Seio
assignatis: tunc enim clarum est,
eum non modo assem non excedere,
sed ne quidem explere, verbum id
omne. quod posteriori assignauit,
prioribus adimere voluisse, qui pro-
inde non nisi tres vncias de nouem,
& sic tertiam hæreditatis partem re-
tinebunt, residuum totum alter con-
sequetur: *Ita senserunt gl. & Dd. loc.
relat. maxime in d. l. cum quæstio.* Cæ-
terum in dubio, cum de voluntate
testatoris haud liquido constat, sub-
distinguendum erit: Etenim necesse
est, eum velcuique totum assignasse,
vel vni pluribusve totum, alteri par-
35 tem, vel vnicuiq; partem. Et † qui-
dem primo casu, cum vnum in tota
hæreditate sive duodecim vncijs in-
stituit, similiter alteri assem inte-
grum sive duodecim vncias attribu-
it, testator constituisse censetur du-
pondium, quo ad assem reducto quis-
que semissem totius hæreditatis ob-
tinebit. *vt recte sensit gl. in d. l. cum quæ-
stio, vbi Bart. Salic. num. 1. Castr. num. 5.
Alexan. num. 6. Ias. vers. in septima par-
te, Baldus in l. si ita scriptum, §. 1. vbi Ias.
de Imol. num. 3. ff. de hære. instit. Bart. in
l. interdum, §. paterfamil. dicens, hoc non
esse dubium, & ibid. reliqui, ff. d. t.* Pro
qua sententia tex. est *in d. §. paterfam.
vers. sed si duos:* eandem probat *l. si For-
tidianum, C. de lega. l. si plurib. ff. de lega. 1.*
& euidens ratio, quia cum alteri totū
assignat, illud priori ademtum censeri
nequit in dubio, cum nihil minus ve-
risimile sit, quam testatorem vnius
aut alterius hæredis institutionem
funditus euertere voluisse. *Dd. loc. rel.
Castr. in d. l. si Fortidian.* Nec refert † in 36
proposito, sive testator dixerit, in so-
lidum, sive nomine totius, vel assis,
vel duodecim vnciarum vsus fuerit:
Quoduis enim horū designat totum,
nec est vlla ratio, cur non in omnibus
idem peræque jus obtineat. Similiter
etsi duos pluresve in tota hæredita-
te instituat, postea simpliciter alios
in solidum hæredes scribat, concursu
mutuo partes facient, & hæreditatis
semissem illi vnum, hi alterum ferent,
d. §. paterfam. vers. sed si duos. Quinimo
licet tribus aut pluribus testator se-
paratim integrum, hæreditatis assem
assignasset, puta, si primum ex asse
instituisset, postea secundum in duo-
decim vncijs hæredem scripsisset,
tandem tertium & quartum in soli-
dum instituisset, neutiquam tamen
adimere cuiquam voluisse, sed toti-
dem hæreditatis asses fecisse præsu-
meretur. quoties integrum assem in-
stitutis assignauit, vt in simili censuit
*Castr. in d. l. si plurib. num. 5. post gl. ibid.
quam dicit esse* communiter *approbatam
Iason ibi, n. 21.* cum quod in duobus se-
paratim in solidum institutis obtinet,
pari ratione in pluribus etiam sepa-
ratim ex asse institutis admitti necesse
sit, *d. l. si plurib. vers. sin autem* multoq;
minus ex trina, quam ex bina assis as-
signatione colligi queat adimendi
animus, quia longe minus est verisi-
mile, testatorem voluisse bis factam
institutionem in eodem testamento
reuocare sive tollere, insuper etiam sit
in potestate testatoris, tot hæreditatis
asses constituere, quotcunq; voluerit.

§. hære

§.hareditas, vers. & è contrario, §. videamus, vers. idemq. inst. de har. inst. l. Sabinus, ff. d. t. Nec dubito, quin idem sit in substitutione, vt si maxime testator duos pluresve separatim & in solidum substituerit, nihilominus existente substitutionis conditione omnes disiuncti pro virili portione admittantur, cum subsit eadem ratio, idemq; suadeat *d. §. paterfam. vers. sed si duos, d. l. si plurib. & d. l. si Fortidian.* Deniq; ne tum quidem in testatore præsumetur animus adimendi, cum alterum in solidum instituit, sive substituit, sub commemoratione prioris, puta, cum dixit, ex asse, quem Seio assignaui, Titium instituo: Namq; ambo in eundem assem coacti sive coniuncti censentur, vt vterq; ex eo semissem ferat, *tex. est not. in l. Iulianus, ff. de har. inst. & in l. triplici, vbi præ cæteris Alciat. ff. de verb. signif. per quas leges ita* communiter *teste Ias. in d. l. si Fortidian. tenent, gl. & Dd. in d. l. si plurib. vbi Zas. nu. 12. aiens* communem & veram. *& in l. re coniuncti, vbi præ cæteris late Bologn. n. 75. vsq. ad 88. ff. de lega. 3. & in d. l. si Fortidian.* Alte-
37 ro † autem casu refert, vtrum priore loco assignauerit partem sive partes, an totum. Vbi namq; primum ex parte instituit, alterum in solidum, nonquam priori partem reliquit, ademisse, sed assem excedere voluisse præsumitur, *gl. in d. l. cum quæst. 10, vbi Bart. vers. si vero Bald. nu. 4. Alberic. Raphael Fulgos. Castr. nu. 4. Alex. nu. 4. & cæteri, Bart. in d. §. paterf. vbi Raph. Cum. Castr. nu. 4. & Ioan. de Imol. nu. 5. Bald. in l. si ita scriptum, §. 1. vbi Ioan. de Imol. nu. 3. ff. de har. inst. Ioan. Faber in §. videamus, nu. 7. vbi reliqui, inst. d. t. Angel. in §. hareditas, instit. d. t. Bolognet. in l. re coniuncti, nu. 181. aiens* communem, *ff. de legat. 3. Vasq. de success. creat. §. 10. n. 164. (qui tamen lib. 1. de success. progress. §. 3. n. 74. dissentire videtur,) Grassus, §. institutio, q. 21. nu. 4.* cum, quia præsumi nequit animus adimendi, quandoquidem totum posteriori assignatum de parte, in qua prior institutus est, detrahi sive adimi nõ potest, repugnante natura, *Dd. lo. præcit.* tum vero maxime, quia si animo adimendi partem priori assignatam censeretur posterior in solidum institutus, prioris institutio funditus euerteretur, quod minime consentaneũ est voluntati testatoris, qui si noluisset eum hæredem esse, non instituisset, nec eodem pene momento, quo illius institutionem testamentaria dispositione compræhendit, eandem infirmasset, *Corneus post alios in d. l. cum quæstio, Vasq. lo. rel.* Cumq; totum priori assignatum non præsumatur eidem adimi, quando posteriori totum peræque ascribitur, longe minus præsumendum erit, partem, in qua prior est institutus, eidem fuisse ademtam per assignationem totius alteri factam.
Idem † juris erit, etiamsi non vni sal- 38
tem, sed pluribus, sive conjunctim, sive separatim partes priore loco ascripserit, aut pluribus posteriore loco totum, sive conjunctim, sive separatim assignauerit, liquidẽ rationes eædem casib9 hisce militant, nec per sese pluralitas personarum diuersitatem juris inducit, sed quod in vna procedit, regulariter etiam in pluribus obtinet, *l. si quis ita, §. 1. ff. de test. tut. l. 1. § item hoc edictum, ff. quod falso tut. aut. l. qui fil. ab. §. 1. vbi Dd. maxime Ias. n. 4. ff. de lega. 1. l. cum inter, vbi Bald. & alij, C. de fideic. libert. Zas. in l. si plurib. n. 25. ff. de leg. 1. Hart. Pist. lib. 1. q. 9. n. 8.* Nec oberit, si partes prioribus assignatæ sive distributæ assem integrum conficiant, siquidem nihilominus corũ institutio penitus euerteretur, si animus adimendi præsumendus esset, ac dupondium esse a testatore constitutum euidenter euincunt *d. l. interdum, §. paterf. vers. sed si duos, ff. de har. inst. l. si plurib. ff. de lega. 1. l. si Fortidian. C. de lega.* Quid vero si prioribus plures, quam toto contineri solent, partes distribuerit, puta, quatuordecim vncias, vel trientes quatuor, alteri postea totum assignauerit? Equidem dicendũ videbatur, esse præsumendum, quod adimendi animo totum posteriori fuerit assignatum, cum si cuiq; priorum pro rata deducatur, integrum assem sive duodecim vncias posterior ita sit consecutu-

 tus;

19, vt priores adhuc aliquid retineant, & sic vtraq; ratio paulo ante allata cessare videatur, longeq; facilius diminutio, quam totalis euersio præcedentis institutionis siue dispositionis admittatur, vt post *Dd. in d. l. cum quæstio*, tradit *Vasq. d. §. 10. n. 164.* dicens, hūc esse verum intellectū ad *d. l. cum quæst.* Sed contrarium voluntati testatoris, iuriq; magis esse consentaneum arbitror, vt as posteriori attributus minime prioribus deducatur, sed hæreditatis asse duo, pariterq; tot vnciæ siue partes, quot vltra vncias duodecim siue assem testator prioribus assignauit, constituantur: idq; confirmari potest primò, quia regulariter tot hæreditatis partes constituendæ veniunt, quot testator expressit, *l. interdū, §. penul. & fin. l. Iulia. in fi. l. si ita scriptum, §. 1. l. ex vnciys, ff. de her. inst. cum sim.* cum non modo non sit in dubio præsumendum, cum vlli plus assignasse, quam ad ipsum peruenire voluerit, sed & isto casu concurrat in testatore voluntas & potestas, siquidem potest in quantascunque voluerit plurimas vncias hæreditatem diuidere, & quod voluerit in plures, quam asibus duobus continentur, partes hæreditatem diuidere, verba dispositionis, & aperta plurium partium distributio non obscure indicant, á quibus recedendum non est, quando non est manifestum, testatorem aliud sensisse, *l. non aliter, ff. de lega. 3.* Secundo, quia licet in *d. l. cum quæstio*, decidat Imp. posteriori assignatum priori ademtum censeri debere, non tamen ea lex huc accommodari potest, cum, quod in terminis plane diuersis, & casui nostro é diametro velut oppositis ea sit concepta, nempe quando priori totum, alteri postea pars dimidia vel minor assignatur, & extra casum, de quo loquitur, ad alios ea neutiquam sit producenda, *vt volunt ibid. Dd. ac præ cæteris Viglius in §. videamus, nu. 6. inst. de her. inst.* tum quia cessat hic ratio d. l. Ideo namque præsumit Imp. adimendi animum, ipsamque ademtionem, quod in dubio non videatur testator assem priori assignatum excedere, pluresve quam toto contineantur, partes constituere voluisse, *vt sensere Dd. in d. l. cum quæstio, Vigl. in d. §. videamus, nu. 6. Cuiac. in d. l. interdum, circa fin. ff. de hæred. inst.* Hic vero constat, quod assem excesserit, quandoquidem plures quam toto contineantur, partes prioribus distribuit, vt si maxime totum alteri postea assignatum prioribus ademtum intelligatur, nihilominus partium prioribus assignatarum aliquæ superfint, videlicet, quæ assem excedebant, nec tamen dupondium conficiant. Tertio, quia certi juris, eandem in dupondio rationem seruari, quæ in asse, *l. Sabinus, ff. de her. inst.* At cum priori minus asse fuit assignatū, ei neutiquam intelligitur adimi, quod posteriori assignatur, siue totum id sit, siue pars: Quare tum quoque, cum prioribus minus dupondio fuit assignatum, eis neutiquam censeri debebit ademtum, quod alteri postea fuit assignatum. Quartò: quia cum plures prioribus, quam toto continentur, partes testator assignat, non omnes conjunctim partes eis attribuit, sed illas inuicem discernit, cuique separatim, vel duobus pluribusve coniunctim, alijs disiunctim certas portiones assignando. Atqui partes ita discretas testatorem confundere rursus, indeq; partes, quæ totum posteriori assignatum constituant, atq; compleant, detrahere voluisse verisimile non est. Quintò: quia tum demum, quod posteriori assignatur, priori ademtum intelligitur, cum post ademtionem tantundem vel plus remanet, quam posterior est habiturus, *vt tradunt Dd. in d. l. cum quæstio, post tex. ibid.* At casu nostro, si totum posteriori assignatum ademtum prioribus intelligeretur, non modo nullus eorum tantundem habiturus esset, quantum posterior consequeretur, verumetiam hic longe plus auferret, quam priores omnes retinerent: Proinde in proposito præsumtioni ademtionis locus esse nequit.

Sextò:

Sextò: quia in dubio, quando ademtionis conjectura non aliqua subest, testator à voluntate priore, præsertim in eodem testamento expressa recessisse, quodq; dederat, pro parte ademisse neutiquam censetur, cum nihil minus, quam mutatio voluntatis præsertim tam solenniter expressæ præsumatur, *l. cum tacitum, l. cum qui, ff. de probat. l. jubemus, C. de testa. Afflic. decis. 308. n. 11.* Hic vero ademtionis conjectura tanto magis destituimur, quanto minus est verisimile, testatorem nō vnius tantum hæredis minuere portionem, sed omnium priorum institutiones pro parte nōmodicâ, sæpe plus quam dimidiâ corrigere sive diminuere voluisse. Deniq; sicut asse expleto sine parte scriptus insolidum institutus intelligitur, *§. si plures, vers. si vero, inst. de har. inst.* sic etiam dupondio expleto, sine parte scriptus in solidum sive ex 12. vncijs institutus intelligitur, *§. si plures, vers. si vero, juncto, §. videamus, vers. idemq; inst. d. t. l. item quod, §. sed si asse, cum l. seq. ff. de he. inst. & ibid. Dd.* nec tamen illæ duodecim vnciæ de dupondio deducuntur, licet tantundem prius instituti sint retenturi, quantum iste consecuturus, sed ei superadduntur, atq; tripondium constituitur, quo ad assem reducto, trientem hic totius hæreditatis, illi bessem consequuntur, *d. l. item quod, §. vlt.* Quare cum totum sive duodecim vnciæ posteriori tacite saltem attributæ, prioribus, quibus testator plus asse distribuit, neutiquam ademtæ statuantur, deq; tacito ad expressum, & è contra, nisi subsit euidens ratio diversitatis, arguere liceat, *l. cum quid, ff. si cert. pet. l. triticum, ff. de ver. obli. gl. & Dd. in l. expressa, ff. de reg. jur.* & vtrumq; etiam in hac materia portionum hæreditariarum æquiparatum reperiatur, *l. ex vncijs, ff. de har. inst.* consequitur, etiamsi testator nominatim posteriorem in solidum sive ex duodecim vncijs instituerit, neutiquam tamen eas prioribus ademtas censeri, sed potius in alijs duodecim vncijs institutum intelligi oportere. Hinc vero simul apparet, idem juris esse, etiamsi testator distribuendo prioribus integrum dupondium expleuerit, alterum postea nominatim in solidum sive ex duodecim vncijs instituerit: nam ne tunc quidem, quod posteriori assignauit, prioribus ademisse, sed tripondium potius constituisse censetur, vt pleræq; rationes modo allatæ luculenter euincunt, maxime vero *d. l. item quod, §. vlt.*

39 At † cum priori totum, alteri postea partem testator assignauit, recessisse à priore voluntate, quodque huic obtulit, illi ademisse, in dubio præsumitur, *tex. in d. l. cum quæstio, per quam loc. ibid. & in d. l. interdum, §. paterfam. nec non in §. si plures, & §. videamus, inst. de hære. inst.* communiter *gl. & Dd. tenent, Duaren. ad d. t. ff. de har. inst. c. quomodo heredes instit. vers. superius diximus, Greff. d. §. institutio, q. 21. n. 4.* Verum † 40 textui *d. l. cum quæstio,* contradicere videtur *d. §. paterfam. vers. sed si excesserit*, cui gl. vtrobiq; respondet, eum esse intelligendum tali de casu, quo constat, testatorem priori partem non ademere, sed posteriori partem ex alio asse relinquere voluisse, puta, quia dixit, in sex alijs vncijs instituo secundum: quam gl. conciliationem Bar. & Dd. communiter sequuntur teste *Iasone in d. l. cum quæst.* Sed cum ea non carere diuinatione videatur, quandoquidem simpliciter vtrobiq; proponitur, priori duodecim, posteriori sex vncias fuisse assignatas, nec in exemplo d. vers. *sed si*, quicquam adijcitur, vnde constare potuisset, posteriori partem ex alio asse fuisse relictam, alij modis alijs difficultatem tollere studuerunt. Fulgosius enim in *d. l. cum quæst. quem sequitur Jas. ibid. & Castr. in d. §. paterfam. nu. 4.* asserit ideo partem posteriori assignatam priori non ademtam censeri, in d. vers. *sed si excesserit*, quia prioris institutioni testator posterioris institutionem immediate conjunxerat, nihil inter vtramq; in medio disposuerat, vt in exemplo per ICtum adducto apparet: nemo autem in continenti sese corre-

xisse, vel priore voluntate recessisse præsumitur, *l. non adea, vers. quod si pure, ff. de cond. & demonstr.* At Imperatorem eo de casu loqui censet, quando alia quæpiam dispositio erat interposita inter primum & secundum, idque colligit ex particula *postea* ab Imperatore vsurpata, quæ denotat interuallum, *l. iuris gentium, §. quinimo, ff. de pact.* & ex interuallo testatorem à priore voluntate recessisse, facilius præsumitur, *d. l. non adea.* Verum hæc subtiliter excogitata conciliatio non immerito reprahenditur ab Alex. *in d. l. cum quæstio, n. 4.* cum nec ipsa diuinatione careat, dum inter assignationem priori & posteriori factam aliquid aliud in medio fuisse fingit, & dictio *postea* sæpius ordinem duntaxat, vt dictio *prius* denotet, non autem necessariò temporis interuallum significet vel importet, *l. quoties, §. si quis ita, vbi Bart. Bald. Ioan. de Imol. & reliqui; ff. de her. inst.* & Imp. tam in initio, quam in vers. *si quis*, simpliciter proponat, primo totum esse assignatum, alteri partem dimidiam, simpliciter etiam & indistinctè decidat, vtrumq; sex vncias consequi debere. Adde, quod eidem obstat ratio, quoniam in dubio testator potius adimere de asse, siue duodecim vncijs, quam legalem solennemq; distributionē transgredi, assemq; excedere voluisse præsumitur, *d. l. cum quæstio, vbi gl. & Dd. & arg. l. si ita scriptum, §. vlt. l. qui non militabat, §. filijs, ff. de here. inst. Ioan. de Imo. in d. l. si ita scripsi. §. 1. n. 3. & ibid. Cuiac. trac. ad African. 4.* Multo minus procedere potest conciliatio *Raph. Cum. in d. §. paterfam. & Castr. in d. l. cum quæstio, nu. 3. & 4.* distinguentium, quod aut in eadem voluntate vltima siue testamento primo totum siue duodecim vnciæ, secundo dimidium siue sex vnciæ assignentur, & procedat d. vers. *sed si excesseris*, aut in diuersis, & locum habeat, *d. l. cum quæstio*: Eadem enim his obstant, quæ Fulgosio, tantoq; magis, quanto minus ex dictione *postea*, quam ponderant, inferri potest, Imperatorem diuersas præsupponere voluntates vltimas, diuersaq; tempora, quibus vni totum, alteri dimidium fuerit assignatum: nec suffragatur eis *l. non adea*, quam pro se allegant, potius obest, cum inde non obscure appareat, etiam in eadem voluntate vltima siue testamento correctionem & ademtionem præsumi, quando inter illud cui adimitur, & id, quo adimitur, aliquid aliud reperitur dispositum, *gl. in d. l. non adea, ver. ex interuallo, & ibid. Dd. Alex. in d. l. cum quæst. n. 4.* Aliter Vasquius *de success. progressu lib. 1. §. 3. n. 64. & 65.* difficultatem tollere conatur, afferendo, verba *in solidum, in totum, duodecim vncias*, non esse testatoris, qui primum simpliciter instituerit, siue simpliciter ei legauerit, sed Imperatoris, qui intelligit eum in totum fuisse institutum vel ad legatum vocatum, qui simpliciter vocatus fuit, vt in *l. Mauio, in princ. maxime ibi, & totus, ff. de legat. 2. l. separatim, ff. de cond. & demon. l. 1. §. interdum, l. idem Neratius, ff. de vsufr. accresc. l. si quis cum totum, ff. de except. rei iud. l. coniunctim, ff. de lega. 3. l. vnic. §. sin vero non omnes, C. de cadu. toll.* Sed Vasquio vehementer obstat, primùm quidem, quod Imp. non in decisione, sed in ipsa facti siue casus propositione profert illa verba, & ad testatoris personam aperte refert, postea demum quærit ac determinat, quid iuris: proinde nominatim ea fuisse à testatore ipso vsurpata non obscure denotat. 2. Quia non semel, sed sæpius adeoq; toties, quoties prioris institutionis legatiue meminit, vnum ex hisce verbis nominatim adijcit: quod ab eo non alia de caussa factum censeri potest, quam vt indicaret, illic eo de casu agi, quando priori nominatim a testatore totum fuit assignatum, præsertim, cum alioqui sequeretur, Imperatorem ter quaterve inutiliter & frustratorie talia verba in breui contextu repetijsse, quod absurdum fuerit. 3. Quod casum initio legis propositum, & in vers. *si quis ita*, repetitum, Imperator ab eo, quem refert in vers. *cum enim*, apertissime

tissime discernit, dum ab hoc vt manifesto, ad illum arguit: Casus autem d. vers. *cum enim*, nihil ferme discreparet ab altero, si testator vtrobique rem priori simpliciter, non autem in vno duodecim uncias rei nominatim in alio rem in solidum siue in totum reliquisset. 4. Quod illa sequeretur absurditas, Imperatorem de eo, qui in solidum siue in totum instituit aut legauit, disponere, nec tamen ipsius decisionē ad eum pertinere, qui nominatim in solidum siue in totū instituit aut legauit. 5. Quod Imperator initio legis indicat, quęst. quā proponit, veterum animos mouisse, atq; controuersam fuisse: cum è diuerso secundum intellectum Vasquij plana fuisset & expedita, siquidem sub *t. ff. de her. inst.* plurima veterum responsa referentur, quib. vnanimiter statuerunt, simpliciter institutū, quod assi deest consequi *l. item quod Sabin. ū 3. seqq. l. si ita scriptum, §. ult. l. asse toto, l. l. qui non milit abat, §. filiis, l. ex unciis, ff. d. t.* Nec obstat, quod Vasquius replicat, Imperatorem ipsum agnoscere, suam decisionem esse indubitabilem, dum ait, *præsens casus exitum apertissimum invenies*. Non enim hisce verbis admittit, propositam quæstionem caruisse controuersia, alioqui contradiceret ei, quod initio dixerat, sed hoc duntaxat innuit, ex eo, quia constet in casu d. vers. *cum enim*, ademtionem esse præsumendum, planiorē & expeditiorem esse præsentis quoq; casus decisionē. 6. Quia nihil interesset, quo loco scriptus esset is, quē testator simpliciter ad hæreditatem aut legatum vocasset, *l. quo loco, l. qui non milit. §. filiis, ff. de har. inst.* cum è diuerso Imp. nominatim, non semel, sed quater præsupponat & requirat, vt priore loco scriptus fuerit, ac proinde non idem juris fore, si posteriore loco scriptus fuerit, non obscure denotet. Vt omittam, quod absurdum sit imaginari, toties tamque sollicite Imperatorem fuisse propositurum, vter priore loco scriptus fuerit, si nihil ea res ad quæstionis decisionem conduxisset, idemque juris, etiamsi prior ex parte scriptus fuisset, esse censuisset. Denique si maxime concederetur, *d. l. cum quæstio*, de simpliciter instituto siue ad legatum vocato intelligi posse, negari tamen haud posset, æque sub ea contineri nominatim in solidum institutum siue ad legatum vocatū, siquidem verba d. l. ei quam maxime conueniunt, ac proinde d. l. ad eum, quem testator simpliciter instituit, siue cui simpliciter legauit, sine diuinatione restringi minime posset. Donellus autem *lib. 6. commen. de jure ciu. c. 22. §. altera incertitudo*, censet contra Dd. esse statuendum, quoties as priori vel unciæ duodecim attribuuntur, postmodum alteri pars quota, vel vnciæ simpliciter relinquuntur nec adjicitur, *eiusdem rei*, siue, *eiusdem hereditatis*, testatorem voluisse assem excedere, nec priori partē siue vncias posteriori relictas adimere, *per d. §. pater f. v. sed si excesserit*: Hoc n. intelligi, conuenientius est potestati & voluntati testatoris: potestati, qui potuerit tot vncias facere, quot voluerit: voluntati, qui vt poterat, ita & plures scripserit. Quando autē posteriori pars quota vel unciæ nō simpliciter relinquuntur, sed adjicitur *eiusdem rei*, siue, *eiusdem hereditatis*, arbitratur in eo demum casu loqui *d. l. cum quæstio*. cum in principio legis expresse dicatur, *partem eius dimidiam*, & pronomen *eius* vel *eiusdem* clare demonstret, sentire testatorem, non de parte noui asis, verum de parte asis eius, quem priori assignauerat, ac proinde tota pars huic detrahenda venit. Verum si decisionis imperialis tota vis, ut arbitratur Donel. consisteret in particula *eius* initio legis inserta, in sequentibus trib. vers. quib. ęq; facti speciem cum suis circumstantiis sollicite proponit, non fuisset eam omissurus. At videmus eam insequētib. prorsus omissam, adeoq; Imp. non tantū de eo, qui duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii postea non addito *eiusdem rei*, nihilom. asserere, manifestum esse, quod sex uncias priori

adimere voluerit, verùm etiam idem decidere in eo, qui rem vel hæreditatem primo in totum, secundo in partem dimidiam, siue primo rem vel hæreditatem totam, secundo partem dimidiam reliquit. Nec dicas pronomen *eius* initio positum, in sequentibus quasi repetitum subintelligi debere. Non enim alia de caussa initio legis id insertum videtur, quam ne quis opinaretur, eo de casu quæri, quando vni res aliqua, postea pars alterius rei, quæ tamen sit eiusdem generis, alteri relinquitur, siquidem ibi de rebus etiam singularibus in solidum vel pro parte relictis Imperator loquitur. Et quid absurdius, quæso, fuerit, quam in contextu legis tam breui, ter eum proponere casum, in quo plane contrarium sit decidendum, nisi vocula quæpiam, & quidem longe alio fine prolata, primis è verbis legis arripiatur, & in sequentibus omnib. subaudiatur? Quid quod Imp. quæstionem à sese propositam asserit esse dubiam, quæ de significatione verborum animos veterum mouerit, super qua computationes multis ratiocinationibus dignæ introductæ fuerint. At si Donelli conciliationem sequimur, non erit alia legis illius quæstio, quam de vi siue significatione vnius pronominis *eius* siue *eiusdem* quid illius operetur adjectio, eum posteriori pars eius rei dimidia relinquitur. Quis autem crediderit, vnica de vocula tantum apud veteres, quantum significat Imperator, concertationem fuisse, præsertim Imperatore ipso palam profitente, veteres inuicem de significatione non vnius, sed plurimum verborum contendisse. quod si libet intueri versic. *cum enim*, apparet inde, Imperatorem vim decisionis in eo collocare, quod manifestum sit, eum qui duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii postea sex, recessisse à priore voluntate, & hinc ad casum initio propositum argueret: id quod ab eo perperam fieret, si ex particula *eius*, vt Donellus arbitratur, ademtio præsumenda foret, siquidem ratio decisionis vera & principalis esset alto silentio prætérita, eiusq; loco in d. vers. *cum enim*, substitutus casus apprime dubius, certe nihilo manifestior, quam fuit initio propositus, quippe cum non magis vno quam altero casu ademto secundum Donellum præsumi queat, nisi particula *eius* idipsum suadeat. Quinimo si tanta vis in particula *eius* vel *eiusdem* consisteret, concludendum esset contra Donelli sententiam, etiam ea non expressa nihilominus ademtionem esse præsumendam, quia cum posteriori simpliciter pars dimidia vel sex unciæ relinquuntur, nec additur, *eiusdem rei*, nihilominus contextus verborum, sensusq; monstrat, hoc esse intelligendum de parte dimidia siue sex vnciis non alterius cuiusdam, sed eiusdem rei. Cumq; regulariter expressio eius, quod tacite inest, nihil operetur, *l. hæ. verba, ubi Dd. ff. de lega. 1. l. non recte, C. de fideiuss. cum simil.* Cur hic non idem admitteretur? cur illa particula plane contrarium produceret effectum? Certe nisi expresse priori sub asis nomine, quod hodie rarissimè fit, relictum sit, non ad assem, sed ad ipsam rem vel hæreditatem, cuius ante meminit testator, ea referatur oportet: Proinde nihil minus denotare potest, quam non esse intelligendā dimidiam siue sex uncias noui, sed prioris asis, cum as vterq; sit eiusdem rei vel hæreditatis, & consequenter etiam asis secundi dimidia siue sex vnciæ verissime sint & dicantur eiusdem rei vel hæreditatis. Deniq; cum juris non incerti sit, in dubio præsumendum esse testatorem solennem legis distributionem obseruare, nec plures, uti nec pauciores, quam duodecim uncias constituere voluisse, *l. si ita scriptum, §. ult. l. qui non militabat, §. filius ff. de her. inst: gl. in d. l. cum quæstio, & ibid. Dd. Ioan. de Im. ind. l. si ita scri. §. 1. n. 3.* & quoties priori totum vel duodecim vnciæ, posteriori pars dimidia siue sex vnciæ relinquuntur, dubium sit, an posteriori relictum fuerit priori ademtum, nec ne, ac per ademtionē tali

tali casu inducatur legalis distributionis obseruantia, nec plures nec pauciores, quam toto continentur, partes constituantur, sequitur inde, voluntati testatoris esse longe conuenientius, vt in dubio potius de toto siue duodecim uncijs priori assignatis ademisse partem posteriori asscriptam, quam assem excessisse, siue ex nouo asse reliquisse præsumatur, *d. l. cum quæstio*. Igitur alij animaduertentes ab interpretibus probabilem aliquam conciliationem non esse allatam, eo confugerunt, vt tex. *d. vers. sed si excesserit*, censerent esse correctum per cōstitutionem *d. l. cum quæstio*, quæ teste *Cuiac. in d. l. interdum, sub fin. & tr. ad Afric. 4. ad l. si ita scriptum, §. 1. ff. de hered. institution.* est una de quinquaginta decisionibus posteriori Codici nouiter insertis: *Fuit hæc opinio vetusti glossatoris Irnerij, quam Fulgosium quoq; tenuisse refert Jaso. in d. l. cum quæstio, ubi subdit sese non videre, quomodo ad d. versic. sed si excesserit, minus male respondeatur: Amplectitur eandem Viglius in §. si plures, num. 6. & 7. inst. de her. inst. Duar. ad t. ff. de her. instit. c. quomodo heredes instit. vers. superius diximus, Cuiac. lo. rel.* Sed his asstipulari non possum. Vt enim admittatur, d. l. esse unam de quinquaginta decisionibus Iustinianæis, fuit tamen eodem anno promulgata, quo Iustinianus Triboniano cæterisq; antecessorib. compositionē Pandectarum iniunxit, vt neutiquam verisimile sit, eos contra manifestam Imp. prohibitionem Vlpian. responsum nuper imperiali constitutione obrogatum siue correctum Pandectis inseruisse. Tantum vero abest, Imperat. in *d. l. cum quæstio*, de novo disponere contra jus vetus, præsumendum esse, eum qui duodecim vncias rei cuidam reliquit, alij postea sex, à priore voluntate recessisse, ut idipsum antea quoque caruisse controuersia præsupponat, ac per sese manifestum esse perhibeat, & ab eo quasi apud veteres etiam indubitato ad quæstionis initio propositæ decisionem argumentum ducat. Quāvis† autem harum conciliationum 41
haud ulla difficultatem tollat, initiò tamen Accursij glossatoris & interpretum commun. eum sequentium conciliationem arbitrabar in hunc modum sine diuinatione sustineri posse: Aiunt illi, & recte, in casu dubio loqui & procedere *d. l. cum quæst.* quando liquidò non constat, utrum testator assem excedere voluerit, an vero priori adimere: Cum enim Imp. ibidem decidendam sibi proposuerit quæstionem jure veteri controuersam, hoc vero semper indubitatum fuerit, etiam jure veteri digestorum, testatorem hæreditatis vncias facere posse, quotcunque voluerit, eoque si constet siue certum sit, quod solennem consuetamque assis distributionem excedere voluerit, voluntatem eius omnimodo seruandam esse, vtique *d. l. cum quæst*. non nisi eo casu oportebit accipere, quando non constat, testatorem assem excedere, & posteriorem ex alio asse partē habere voluisse: ut proinde Accursiana conciliatione ad *d. l. cum quæst.* nulla inducatur diuinatio. Quod d. vers. *sed si excesserit*, attinet, Vlpianū in exemplo ibidem subiecto præsupponere, quod constet, testatorem assem excedere voluisse, videtur euinci posse, tum ex eo, quod ibi præcipue agit eo de casu, quando testator assem excessit, adeoq; nominatim in d. vers. asserit, eum duodecim vncias excessisse, ut proinde subiectū exemp. ex verbis anterioribus supplendū, & secundum ea intelligendum esse videatur: tum, quod in dubio solennis & legitimæ distributionis obseruantia potius, quā transgressio præsumenda, *arg. l. si ita scr. §. ult. ff. de hered. inst.* tū vero vel hinc maxi. quod Vlp. ibi neutiquam tractat eam quæstionem, vtrum testator primum in solidum instituens, alterum deinceps in parte, priori ademerit, an vero assem excesserit, quā proponit & principaliter tractat Imperato. *in d. l. cum quæst.* Sed hoc duntaxat agit & ostendit, quatenus distributio testatoris non omnes assis partes compræhendens,

vel

vel assem excedens, ad assem reuocanda siue reducenda sit: Proinde cum inter cœtera exemplum adducat de duob. quorum vnus ex duodecim, alter ex sex vnciis scriptus fuerit hæres, idq; ad assem ita reducat, vt ille bessem totius hæreditatis, hic trientem consequatur: non illud ita debebit accipi, quasi quoties unus ex duodecim vnciis, alter ex sex instituitur, præsumendum sit, testatorem assem excessisse: contrarium enim etiam Vlpiani tempore obtinuisse, colligere licet ex *d. l. cum quæstio*. sed potius inde concludendum videtur, ICtum necessario in allato exemplo supponere terminos habiles ad id, quod principaliter ibi tractat, hoc est, exemplo talem denotare casum, quo testator priori ex duodecim vnciis non ademit sex, cum alteri sex obtulit, sed octodecim constituit: qualis esse vix potest præter eum, quo constat, siue certum est, testatorem plures quam duodecim hæreditatis vncias constituere voluisse, cum in dubio contrarium præsumatur, *d. l. cum quæstio*. Exigit hoc notabilis illa theorica, quod lex non nisi de eo disponat, de quo in ea quæritur, cœtera legibus aliis determinanda relinquat: quam post Geminian. & Iasonem inculcat *Moli. ad l. unic. q. 9. num. 168. C. de sent. qua pro eo quod int. Duaren. ad t. ff. de condit. institu. c. 4. vers. animaduertendum*, prout etiã suffragatur altera, quod cum de vno in lege dubitatur siue disponitur, habilitas omni alio respectu præsupponenda sit, *l. qui testamento, ff. de testam. Bologne, in l. si quis maior, n. 69. C. de transact.* vsq; adeo, vt omnes illæ qualitates, quæ in lege aliqua ad actum requiruntur, in aliis legibus simpliciter eo de actu disponentibus repetitæ cẽseantur, *Martan, Socin, in l. cum filiofa. n. 57. ff. de lega. 1. & in l. ita stipulatus, nu. 34. ff. de verb. obl. Hart. Pist. lib. 1. q. 38. n. 22.*

42 Verum † vt vt hæc ita sese habeant, quia tamen nihilominus haud paucis parum verisimile videbitur, Vlpianum in d. vers. *sed si excesserit*, exemplum huiusmodi protulisse, in quo manifestum esset, assem non excessum esse, nisi censeretur subintelligi voluisse, constare de animo testatoris assem excedere volentis, cum suppeterent alia exempla, in quibus tale quid subintelligere, necesse non fuisset, probabilius Vlpiani legem cum *d. l. cum quæstio*, conciliari posse crediderim, si dicatur, *d. l. cum quæstio*, tum quidem omnimodo procedere, cum testator hæredes siue legatarios, quorum vni duodecim, alteri sex uncias asscribit, oratione seu verbis disiungit, vtrumq; peculiaribus verbis instituendo, siue ad legatum vocando: tunc enim in dubio non immerito præsumitur, testatorem à priore voluntate licet verbis immediate præcedentibus expressa ex parte recessisse, deque duodecim vnciis primo assignatis alteri sex reliquisse, cum non alia quapiam coniectura contrariæ voluntatis apparente, minime sit credendum, eum solennem assis in duodecim uncias distributionem trãsgredi voluisse, *arg. l. si ita scriptum, §. in testamento, ff. de har. inst. gl. magna, in d. l. cum quæstio, cum qua DD. ibid. transeunt.* Secus quando ambo verbis coniunctim, vnus ex duodecim, alter ex sex vnciis, hæredes scripti sunt, qualem in d. vers. *sed si excesserit*, casum proponit ICtus verbum *scripsit* ad hæredem vtrumq; referendum vltimo loco subiungens: tunc enim præsumi vix potest, testatorem quas ei, quem posteriore loco nominauit, uncias assignauit, priori ademisse, tum, 1. quia verisimile non est, testatorem in eodem complexu verborum, absoluta nondum oratione siue sermonis unitate, multoq; minus inserta quapiam dictione correctiua voluntatem suam proponere pariter & reuocare velle, cum ne quidem adiecta dictione correctiua in eodem complexu verborum mutasse voluntatem, sed potius errorẽ correxisse præsumatur, *l. Stichus, imo, 21. ff. de manumiss. test.* Tum, 2. quia natura coniunctionis verbalis est, vt propter unitatem sermonis coniunctos quidem quasi in unum corpus redi-

redigat, nemini tamen eorum portio-
nem suam aufetat, sed ipso demum re-
pudiante siue deficiente. quod ei fuit
assignatum, postea quoquo modo e-
uacuatum, alteri siue cœteris coniun-
ctis deferat, *§. his ita, C. de cadu. toll. l. re
coniuncti, ff. de lega. 3. & utrobiq; tradita
per Dd.* Tum, 3. quia non modo Imp.
vtrumq; diuersa oratione siue ad le-
gatum vocatum proponit, sed & ICti,
cum ademtionem esse factam vel præ-
sumendam asserunt, vna quidem o-
ratione hæreditatem siue legatum re-
lictum, alia siue mediate siue immedi-
ate sequente rursus ademtum, non ob-
scure innuunt. *l. si mihi, §. in legatis, ff.
de lega. 1. l. legatum nulli, & t. t. ff. de adim.
lega.* nec immeritò, cum ademtio dispo-
sitionem eius quod adimitur, ut alia
quælibet priuatio habitum, præsuppo-
nat, *l. decem, ubi D. ff. de verb. obl.* nondũ
vero absoluta oratione fieri vix pot-
est, ut institutio siue dispositio, quæ
per eam exprimitur, sit legitime riteq;
facta, proinde nec ei, quando nondũ
rite subsistit, quicquam ademtum in-
telligi debet. *d. l. decem.* Tum, 4. quod
vnica oratio, quæ regitur ab eodem
verbo, in dubio neutiquam cẽseri de-
beat diuerso jure, sed ita potius inter-
pretanda, vt ea quæ respicit siue con-
tinet, uniformiter determinet, *l. jam hoc
jure, ubi Dd. ff. de vulg. & pupill. & in fi-
mili tradit idem Franc. Arc. in l. si pater, n.
8. & in l. qui complures, prope fin. ff. de
vulg. & pup. nec non in l. ult. n. 2. C. de im-
pub. & al. subst.* Tum, 5. quod altera
quidem alteram licet immediate præ-
cedentem corrigere possit oratio, una
vero semetipsam non æque, nisi for-
te dictio quæpiam correctiua insit,
qualem in Vlpiani verbis deprehen-
dere non licet. Quòd si quis excipiat,
ea verba non esse testatoris, quem his-
ce oportebat uti, *hæres esto* vel, *hæres sit*,
vel, *hæredem esse jubeo, Vlpian. t. 21. quem-
admodum hæres institui debeat,* verum i-
psius ICti, qui cum celerius dicendi
gratia verbis hæredem vtrumq; con-
jungere potuerit *l. si ita quis hæredes,
60. ff. de hær. institution.* neutiquam
inde necessario sequi, Vlpianum eo
saltem de casu loqui, cum hæredes
verbis coniunctim instituti sunt: Re-
spondetur; ideo tali casu neutiquam
subintelligi siue censeri posse, Vlpia-
num potius celeriter dicere, quam v-
balem à testatore coniunctionem es-
se factam denotare voluisse, quia nõ
modo manifestum est ex *d. l. cum quæ-
stio,* quod in hæredibus oratione di-
uersa scriptis etiam Vlpiani tempore
contrarium obtinuerit, sed & ratio-
nes modo allatæ luculenter euin-
cunt, exemplum ab Vlpiano de his,
qui verbis coniunctim instituti sunt,
allatum ad eos, qui diuersa oratione
instituuntur, nullatenus esse trahen-
dum siue producendum. Videtur † 43
etiam *d. l. cum quæstio,* repugnare re-
sponsum Papiniani *in l. qui non milita-
bat, §. filiis, ff. de hær. institu.* asserentis
tunc ex altero asse portionem intelli-
gi relictam, cum asse nominatim da-
to residua portio non inuenitur. Sed
nominatim datur as, non tum demũ,
cum assis aut simile nomẽ, quo totum
designetur, exprimitur, verum etiam
quando institutis certæ portiones as-
sem integrum complentes, puta, tres
trientes tribus prioribus assignãtur:
& ICtum non tam illam, quam hanc
assis assignationem intelligere, non
obscure colligi videtur ex facti specie
Papiniano proposita, in qua duo fi-
lij quidem erant instituti cum assigna-
tione partium, sed indeterminatarũ,
totum per sese non magis quam par-
tes eius duntaxat aliquas complectẽ-
tium, quib. determinatæ, puta, dimi-
dia, tertia, quarta, opponuntur, ut
proinde nihil aliud in v. *tunc enim,* Pa-
pin. dicere voluisse videatur, quam
rum demum duas uncias fratris filio
assignatas ex altero asse relictas cen-
seri posse, quando prioribus, nempe
filiis, determinatæ siue certæ portio-
nes assem complentes, puta, utriq; di-
midia, fuerunt assignatæ, vel quod in
effectu in idem recidit, inter eos duo-
decim unciæ distributæ fuerunt. Et
ut admittatur, in d. vers. cum quoq;
casũ, quo nomen assis, aut simile totĩ
denotãs exprimitur, esse cõprehensũ,
tamen

nec partes concursu demum facerent, vt in *l. conjunctim, ff. de legat. 3.* sed ab initio quisque suam ex dispositione testatoris partem haberet, ac proinde locus non esset dispositioni *d. l. cum quæstio.*

46 Ampl. III. Etiamsi testator vnum, sive, quod in idem recidit, plures re verbisque conjunctos instituerit hæredes in solidum, sive cum expressione partium integrum assem conficientium, mox alium aut alios similiter conjunctos instituerit in solidum, sive sub ea, quam dixi, partium expressione: nam tunc quoq; si quem alium postea scripserit hæredem ex parte dimidia sive sex vncijs, portionem huic non ex nouo asse reliquisse, sed prioribus ademisse præsumetur, tum per *d. l. cum quæstio, juncta l. Sabinus, vers. vt eadem, ff. de hære. instit.* tum etiam, quia militat hîc eadem ratio, cum in dubio non magis secundum, quam primum assem excedere, nec plures aut pauciores, quam toto, quale procul dubio dupondium est, contineantur, constituere voluisse credatur, *l. si ita scriptū, §. in testamento, l. qui non milit. §. filijs, ff. de hæred. instit.* Hic tamen pro declaratione obseruandum, non totius hæreditatis (nisi forte in assignanda postremo dimidia nominatim testator totius hæreditatis meminisset,) dimidiam prioribus ademtam censeri, alioqui postremus non dimidiam, sed integrum assem, nec sex modo, sed duodecim vncias, quippe dupondio viginti quatuor vncijs constante, consequeretur, sed asis modo dimidiam, & sic totius hæreditatis sive dupondij quartam: hanc enim esse voluntatem testatoris, vel hinc apparet, quia prioribus quadruplo plus assignauit, quam postremo, nec tamen illi quicquam præter asses duos à testatore ipsis asscriptus consecuturi fuissent, etiamsi postremo loco scriptus non extitisset hæres: proinde cum huic postremo quadruplo minus, quam illis, asscripserit, & idipsum prioribus adimi voluerit, consequitur, eum de asis tantum dimidia, quæ est quarta totius hæreditatis dupondijque prioribus assignati pars, sensisse, sexque de viginti quatuor vncijs postremum consequi voluisse, *l. si ita scriptum, §. 1. l. Clemens, vers. cum filij, ff. de hære. instit. l. si quis testamento, §. 1. ff. de lega. 1.* Cui suffragatur, quod Paulus ad Sabinum notat in *l. Sabinus, ff. de hære. inst.* hactenus in dupondio rationem eandem seruari, vt eadem ratio sive jus sit in secundo asse, quod in primo, hoc est, respectus non ad integrum dupondium, sive ad duos asses conjunctim, sed ad secundum assem habeatur, idemque in eo juris obtineat, quod in primo. Vt igitur, quando testator assem non excessit, asis dimidiam adimere voluisse censetur, ita cum post secundum assem alicui dimidiam assignat, non dupondij, sed asis dimidia debet intelligi, *per d. l. Sabin.* Quia vero tam primo, quam secundo loco scriptorum institutio præcedit, & ex institutione postremi in dimidia, nihil amplius colligitur, quam testatorem à priore voluntate recessisse, sexque de viginti quatuor vncijs adimere voluisse, *d. l. cum quæstio*, ac diminutio vel onus, nisi peculiariter vni sit impositum, ad omnes institutos sive ad idem legatum vocatos pertinere dignoscitur, *l. si hæredes nominatim, ff. de lega. 1. l. sive à certis, ff. de duob. reis, juncta l. si quis, §. si duob. ff. de adim. lega.* verisimilius esse videtur, voluisse testatorem, ne ei vel ijs, qui secundo loco scripti sunt, integra dimidia deducatur, sed dimidia saltem dimidiæ partis, hoc est, vnciæ tres: residuum autem, hoc est, aliæ tres vnciæ primo sive prioribus detrahantur, vt postremus quidem dimidiam sive sex vncias sibi assignatas omnimodo consequatur, primus autem sive primo loco scripti non nisi dodrantem asis sive nouem vncias, ac tantundem secundus sive secundo loco scripti retineant: Facit huc apprime regula vulgata, quod clausula in fine posita referri

 debeat

debeat ad omnia præcedentia, *l. talis scriptura, vbi Bart. & late Jaſ. ff. de lega. 1. l. 1. vbi Dd. C. de lib. & poſt.*

47 Ampl. IV. Etiamſi vni ſive pluribus conjunctim totum, alteri poſtea partem, tandem alij ſive alijs conjunctim totum teſtator aſsignauerit: nam ne tunc quidem ad tripondium tranſiuiſſe, ſed partem alteri datam ex aſſe primo deduci voluiſſe præſumitur, per notata in ampl. præcedenti, à qua iſthæc in eo ſaltem diſcrepat, quod illic pars vltimo aſsignata cœteris omnibus detrahitur: quod hic fieri nequit, tum propter *d. l. cum quæſtio*, cumprimis exigentem, vt totum, cui adimitur, partis aſsignationem præceſſerit, tum, quod aſsignatione partis à priore quidem voluntate recedere teſtator potuit, adeoque receſsiſſe præſumitur, non tamen à diſpoſitione poſteriore nondum facta, nec de toto, priuſquam fuerit aſsignatum, pars intelligi poteſt ademta, *l. legatum nulli, ff. de adim. lega.* ne repugnante naturæ ordine priuatio præcedat habitum, *l. decem, ff. de verbor. obligat.* quod tamen eveniret, ſi partem medij non minus poſteriori quam priori teſtator adimere voluiſſe fingeretur. Quare tali caſu dupondium non exceſsiſſe præſumetur, *per d. l. cum quæſtio, juncta l. Sabinus, ff. de hæred. inſtit. & arg. l. ſi ita ſcriptum, §. in teſtam. ff. d. t.* attamen ex dupondio ad eum eoſve, qui priore loco ſcripti ſunt, & medium ex parte inſtitutum as vnus pertinebit, ita quidem ex teſtatoris voluntate diuidendus, vt medius partem ſibi aſſignatam inde deducat, reſiduum aſſis illi retineant, poſterior autem, quia nihil ei fuit à teſtatore ademtum, aſſem alterum conſequetur integrum, & ſic dimidiam totius hæreditatis partem, *l. interdum, §. ſed ſi duos, ff. de hæred. inſtit.*

48 Ampl. V. Procedere, ſive pars vni, ſive pluribus conjunctim fuerit aſsignata, nihilominus enim toti prioribus aſsignato ademta cenſebitur, *d. l. cum quæſtio*, ac per ſeſe patet ex traditis in ampl. ſecunda. Similiter etiam nihil intereſſe videtur, ſive ſub nomine quotæ, ſive cum vnciarum expreſsione pars fuerit aſsignata, vt ex textu *d. l. cum quæſtio*, liquido patet.

Ampl. VI. Etiamſi teſtator poſtquam primum in ſolidum inſtituit, alterum ex parte, rurſus alium ex alia parte ſcripſerit hæredem, verbi gratia, ſi primum ex aſſe, alterum in dimidia, tertium ex parte ſexta inſtituerit ſive ſubſtituerit: quod exemplum proponit in *d. l. cum quæſtio, gl. magna, in fin.* Nam tunc quoque teſtatorem potius adimere, quam aſſem excedere voluiſſe, adeoque diſpoſitionem *d. l. cum quæſtio*, ſibi locum vendicare, cenſet d. gl. cum qua tranſeunt ibid. Bart. & alij, ac præ cœteris tenent ibi *Fulgoſ. Alex. & Iaſon.* nec immerito quidem, cùm ob rationem aliquoties adductam, quod in dubio teſtator nec plures, nec pauciores, quam toto contineri dignoſcuntur, partes conſtituere voluiſſe præſumitur, *l. ſi ita ſcriptum, §. in teſtam. ff. de hæred. inſtit. juncta d. l. cum quæſtio*, tum etiam, quia licet tex. *d. l. cum quæſtio*, de parte vna loquatur, ratio tamen vix vlla reddi poteſt, cur non idem ſtatuendum ſit, quando poſt totum primo aſsignatum, non vna tantum, ſed plures partes duobus pluribuſve ſeparatim attribuuntur, *l. à Titio, ff. de verbor. obligat. Alexan. in d. l. cum quæſtio, num. 7.* cum præſertim ab vno ad plura procedat argumentum ratione diuerſitatis non ſubſiſtente, *l. 1. §. item hoc edictum, ff. quod falſo tut. aut. Zaſius in l. ſi plurib. n. 25. ff. de lega. 1.* Ac licet diſſenſerint *Petrus, Guil. de Cum. Cynus & Caſtr. in d. l. cum quæſtio*, exiſtimantes, tali caſu ademtionem non eſſe præſumendam, ſed hæreditatem in adducto per gl. exemplo diuidendam eſſe in viginti vncias, quarum duodecim primus in ſolidum inſtitutus, ſex alter in ſemiſſe inſtitutus, reſiduas duas tertius in ſex- 49

in sextante institutus ferat, idque per *l. si quis testamento, §. 1. ff. de legat. 1.* tamen eorum sententia à Fulgosio, Alex. & Iasone recte reijcitur, nec ei quicquam suffragatur *d. §. 1.* siquidem loquitur in terminis longe diuersis, quando nempe testator diuersas diuersis quantitates reliquit, quarum vnaquæq; cum per sese subsistat, nec sit nec dici posit pars alterius, quantumvis tantæ, vt vniuersum defuncti patrimonium absorbeat, sive compræhendat, *l. quingenta, ff. de probat. l. cum centum, ff. de adim. lega. Ioa. de Imol. in l. Marcellus, in princ. num. 2. vers. vltimo etiam, ibi, ratio quia, Iason ibid. nu. 12. ff. ad Trebell. Vasquius de success. progre. lib. 3. §. 22. num. 83.* locus esse nequit, dispositioni *d. l. cum quæstio,* in eo demum casu loquentis atq; procedentis, quando primo res vel hæreditas in solidum, alteri pars eius dimidia minorve relinquitur, proinde nec præsumi potest, testatorem minores summas sive quantitates posterioribus duobus asignatas, maiori quantitati primo legatæ adimere voluisse, præsertim cum ambæ summæ minores æquent maiorem, ac proinde futurum sit, vt funditus legatum prioris euertatur, si vtraque summa maiori adimatur, vel contra voluntatem testatoris, is cui maior summa legata est, longe minus consequatur, quam alij duo, quibus minores summæ legatæ sunt, si secundus summam suam maiori detrahat, tertius autem quantitatem sibi relictam primo & secundo pro rata deducat: quorum vtrumque solet impedire, ne dispositioni *d. l. cum quæstio,* locus esse queat. Proinde cum ademtio tali casu præsumi neutiquam potuerit, duploque plus, quam sit in patrimonio defuncti, legatum fuerit necessario decidendum fuit, vnumquemque non nisi dimidium summæ sibi legatæ consequi posse, sic tamen, vt inde sit etiam Falcidia detrahenda, *d. l. si quis testamento, §. 1.* Sciendum tamen, quamvis casu nostro partem suam secundus toti, quod primo fuit asignatum, detrahat, tertium tamen non primo soli, sed vtrique, primo quidem pro rata portionis retentæ, alteri pro rata partis toti per eum ademtæ portionem sibi asignatam deducere oportere, vt proinde in exemplo gl. secundus dimidiam hæreditatis partem primo sit deducturus, tertius autem vnciam vnam ex dimidia hæreditate penes primum remanente, alteram ex dimidia per secundum ademta sit habiturus, *vt sensit gl. & Bartol. in d. l. cum quæstio, ac post alios ibid. tradiderunt Fulgos. Alexan. & Ias.* Cuius quidem decisionis non illa solum reddi potest ratio, quod alioqui futurum sit, vt contra voluntatem testatoris plus consequatur secundus ex parte scriptus, quam primus in solidum institutus, sed cum primis hæc etiam, quia testator asignando secundo partem primo eandem ademisse præsumitur, *d. l. cum quæstio,* quo fit, vt partem, quam postea tertio asignat, primo soli, cui pars iam ante fuit ademta, vt totum ei non remanserit asignatum, adimere voluisse censeri nequeat, eoq; longe sit verisimilius, eum pro rata tam secundi portionem primo ademtam, quam primi partem residuam ademtione postremæ partis minuere voluisse, *argum. l. interdum, §. paterfam. versic. sed si excesserit, ff. de hæred. instit. §. videamus, versic. & ex diuerso, instit. d. t.*

Ampl. VII. Etiamsi alterum 50
non in parte quota, sed in certa re
sive quantitate instituat vel substi-
tuat testator: nam tunc quoque
constat, hæreditati, quæ priori to-
ra fuerat asignata, tantum dece-
dere, quantum posteriori asigna-
tur, *text. in l. quoties, vbi Dd. C. de ha-*
red. instit. iuncta l. legatum est, in princ.
ff. de legat. 1. idque verum, etiamsi
quantitas illa sive res maiorem hæ-
reditatis partem absumat, *l. 1. §. si is*
qui, cum §. seqq. & l. 2. ff. ad Trebellian.
fac. l. ex facto proponebatur, ff. de hared.
instit. estque de mente Dd. in d. l. 2. Sed † 51

obstare videtur tex. *l. Marcellus, in princip. ff. ad Trebellian.* cuius euitandi gratia Bartolus *in d. l. cum quæstio,* respondet, ideo partem posteriori assignatam priori non ademtam censeri, quia posteriori pars fuerit assignata per nomen quantitatis, quo casu mirum non sit, ademtionem non præsumi, cum potuerit errare testator, forte credens hæreditatem esse maiorem, nec tantam relicturus quantitatem, si sciuisset, esse minorem hæreditatem, *argum. l. in fraudem, ff. qui & à quib. manum.* Verum licet hæc responsio Bartoli communiter approbata sit, teste *Alexand. in d. l. cum quæstio, num. 5. & ibidem Iasone & Corneo, Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 3. numer. 78.* tamen ea tuta non est, nec difficultatem tollit, vt recte censuit *Fulgos. in d. l. cum quæst. & ibidem Jas. & Corn. nec non Vasq. loc. rel.* Hinc enim sequeretur, quoties primo tota hæreditas, alteri certa quantitas assignatur, hanc hæreditati primo assignatæ non esse deducendam, cuius oppositum procul dubio verum est, *l. quoties, C. de hæred. instit. l. qui quadringenta, ff. ad Trebellian.* Adde, quod regulariter patrimonij sui vires ignorare nemo præsumitur, *l. quisquis, vbi not. per Dd. C. de resc. in l. ven. l. Anton. Gabr. & per eum relati lib. 6. commun. concl. 1. de regul. jur. conclus. 5. numer. 26. 27.* vt proinde sit ratio Bartoli minus probabilis, ex qua sequeretur, *d. l. Marcellus,* non procedere, nisi, quod raro solet euenire, testator circa vires patrimonij errauerit, *Vasq. loc. rel.* Quin ipse Bart. & qui sequuntur eum, communem solutionem eneruant, quando dispositionem, *d. l. Marcell. in princip.* ad eum solummodo casum, cum ad hæredis onus esse testator legata dixit, restringunt, & consequenter sentiunt; extra eum casum non minus quantitatis, quam partis quotæ ademtionem esse præsumendam, quandoquidem testator, nisi claris verbis tale quid expresserit, ad hæredis onus esse legata voluisse minime præsumitur, *l. qui quadringenta, vers. dicendum, ff. ad Trebellian.* cum tamen in casu *d. l. qui quadring.* quæ cum *d. l. cum quæst.* consentit, ratio Bartoli peræque sibi locum vendicet. Aliter soluit Fulgos. quem refellit Alex. *in d. l. cum quæst. num. 5.* Sunt qui respondeant, in *d. l. cum quæst.* vniformem esse totius & partes assignationem, siquidem eadem hæreditas vel res primo in solidum, secundo pro parte assignatur: at in *d. l. Marcell.* sunt dispositiones plane difformes, quandoquidem vni relinquitur hæreditas per fideicommissum, alteri trecenta leguntur, quæ proprie non sunt pars hæreditatis, *l. quamvis, ff. si quis omiss. caus. testam.* Ita censuit *Ioan. de Jmol. in d. l. Marcell. in princ. numer. 2. vers. vltimo etiam, vbi Castr. num. 4. Ias. num. 12. ff. ad Trebell. idemq. sensisse videtur Vasq. loc. rel.* dum ait, in *d. l. Marcell.* omnia esse æque principalia, solum in quantitate, hoc est, tanquam plus & minus differentia, vt vnum alteri derogare nequeat. Sed hæc responsio, vt parum à solutione communi discrepat, sic ijsdem ferme difficultatibus obnoxia videtur. Sequeretur enim, quoties alteri quota pars hæreditatis non assignatur, hæreditati primo in solidum attributæ non esse deducendum, quod alteri relinquitur: idemq; juris oporteret esse in casu *d. l. qui quadring.* difformes æque dispositiones habente, attamen oppositum illic aperte deciditur. Forent etiam difformes dispositiones, vno in tota hæreditate, altero in certa quantitate instituto, nec tamen facile quis obtinuerit, quantitatem posteriori assignatam hæreditati non esse detrahendam. Verius † itaq; dici potest, ideo quantitatem legatam illic non deduci, 52
sed aliam à Marcello computationem iniri, quia non obscure constat, ibi testatorem voluisse tanto plus consequi fideicommissarium quam legatarium, quanto maior est

relicta

relicta per vniuersale fideicommissum hæreditas quantitate legata: siquidem hanc fuisse defuncti voluntatem inde liquido cognoscitur, quod ad hæredis onus esse legata dixit. Cum enim alioqui legatorum onus ex præsumta testatoris voluntate ad fideicommissarium, cui restitui voluit hæreditatem, pertineat, injungenda illud hæredi, fideicommissarium ab co immunem esse voluerit oportet: Cumq; hæredi sponte adeunti sit omnimodo permissum, quadrantem totius hæreditatis deducere, & supposuerit Marcellus, defunctum quadringenta in bonis habuisse, deducta quarta non nisi trecenta restant, quæ legatario integra præstari nequeunt, cum, quia toti hæreditati, ac proinde tam legatario quam fideicommissario quarta detrahenda venit, *d. l. Marcellus, §. item Pompon. ff. ad Trebell. l. 2. C. ad leg. Falcid.* tum quia nihil omnino superesset, quod consequeretur fideicommissarius, cui tamen integram hæreditatem per fideicommissum restitui testator voluit. Sed nec id habere locum potest, quod Celsus in præcedenti *l. qui quadringen.* decidit, vt legatario dentur ducenta viginti quinque, fideicommissario septuaginta quinque: Sic enim cum onere legatorum fideicommissum restitueretur, quandoquidem non nisi quod deductis legatis, & quarta tam legatis integris quam residuo detracta superesset, fideicommissarius consequeretur: cum tamen eum ab onere legatorum immunem esse testator voluerit. Atqui non minus voluit, vt etiam legata præstentur. Sicut igitur alias, quoties plus quam sit in asse vel hæreditate testatorem distribuisse sive reliquisse deprehenditur, necessitate rei sic exigente jus nostrum eam defuncti voluntatem fuisse interpretatur, vt quoniam quisque sibi assignatum integre consequi nequit, saltem eorum, quæ cuiq; sunt assignata, proportio congrua seruetur, vt quanto plus alicui præ altero fuit relictum, tanto maiorem quoque præ ipso ex hæreditate portionem ferat, *tex. in l. si ita scriptum, §. 1. ff. de hære. instit. l. si quis testamento, §. 1. ff. de lega. 1. idemq; colligere licet ex l. si ita scriptum, in princ. ff. de sub. & post. l. interdum, §. paterfam. vers. sed si excesserit, l. Clemens, vers. cum filij, ff. de hære. instit. §. videamus, vers. & ex diuerso, inst. d. t.* Ita cum in casu *d. l. Marcell.* testator vni quidem hæreditatem per fideicommissum vniuersale ab hærede voluerit absq; onere legatorum restitui, alijs autem trecenta legarit, ac deducta quarta, quæ in omnem euentum hæredi illibata & integra remaneat oportet, non nisi trecenta superfint, necesse fuit, vt Marcellus hanc fuisse defuncti voluntatem interpretaretur, vt quanto plus in vniuersa hæreditate fideicommissario restituenda fuit, quam in legatis, tanto maiorem ex trecentis portionem ille præ legatario consequatur: Maior autem fuit legatis hæreditas parte quarta, siquidem hac quadringenta, illis trecenta continebantur: Sic igitur ineunda computatio, vt ex trecentis fideicommissarius quarta parte plus quam legatarius consequatur, ac proinde trecenta in septem partes distribuantur oportet, ex quibus ille quatuor, legatarius tres adipiscatur, *d. l. Marcellus, in princip.* quod ipsum præ cœteris etiam eruditissime considerauit doctissimus *Anton. Faber lib. 4. conjectur. c. 14.* cui † tamen 53 in eo suffragari vix possum, quod nullius exemplaris autoritate fretus, ex vltimis verbis *d. l. qui quadr. ng.* negationem tollendam, vel *nunc* pro *non* legendum censet, ne sit illatio protsus falsa, & præcedentibus è diametro repugnet. Sive enim illationem ipsam negatiue conceptam per sese spectes, ea non obscure probari videtur ex *d. l. Marcell. vers. nam iniquissimum.* Cum enim quartam, quam hæres, quia coactus adijt, deducere nequit, fideicommissarius retineat, quando non modo ab onere legatorum, de quibus illa

potissimum detrahitur, ex voluntate testatoris est immunis, verum etiam longe plus ex trecentis legatis, quam legatarius ipse, consequitur, certe multo magis eam retinere poterit, quando legatorum onere grauatus, nec alioqui quicquam ex trecentis legatis consecuturus est. Cumq; ICtus profiteatur esse iniquissimum, legatarium e trecentis sibi legatis, inque septem partes diuisis tres modo portiones adipiscentem plus ideo consequi, quia suspecta dicta est hæreditas, quam laturus esset, si sponte adita fuisset, quanto iniquius, quæso, fuerit, eum cui nihil de trecentis legatis præter id, quod hæres sponte adiens Falcidiæ nomine detrahere potest, adimitur, ideo consequi plus, quia coactus hæres adiit, quam laturus fuisset hæreditate sponte adita. Deinde cum lex ipso jure fideicommissum & legata parte quarta, qua dodrantem excedebant, pro rata minuerit, *l. in quantitate, §. in atem, versic. quod si excesserit, ff. ad leg. Falcid.* nec id quidem in alterius gratiam siue commodum, quam illius, qui vel in solidum, vel pro ea parte hæres cũ effectu remansurus erat, *ut patet ex princip. institution. de leg. Falc. & §. sed quia hæredes, instituti. de fideic. hæred.* & qui cogitur adire, non adeat, ut pro parte quarta cum effectu remaneat hæres, sed ut fideicommissarium in effectu hæredem faciat, eoque Senatusconsultum tali casu imponat ei necessitatem restituendi hæreditatem totam, *§. sed etsi id, institution. de fideicommiss. hæred. l. cogi, §. idem Matianus, ff. ad Trebell.* certe legatarius portionem legatis á lege ipso jure semel abstractam nullo jure vindicare siue petere, nec ad eam regressum ullum habere poterit, *l. etiamsi, C. ad legem Falcid.* sed fideicommissarij, quem hæres loco suo substituit, quiue defuncti personam solus cum effectu repræsentat, caussam in ea obtinenda potiorem esse oportebit, *d. §. sed etiam, & d. l. cogi, §. idem Matian.* Rursus dubium non est, quin Falcidiæ deductionem lex eo fine induxerit, vt sentiens onus, cum in repræsentanda defuncti persona, tum in hæreditariis actionibus aduersus eum competentibus, vicissim etiam commodum non minimum sentiat, *text. in princ. institution. de lege Falcid. fac. l. secundum naturam, ff. de regul. jur, cum sim.* Atqui sicut hæres coactus adiens, ita legatarius onus huiusmodi nequaquam sentit: proinde vt hæres nihil consequitur, ita nec ipse quicquam præter legatum ipso jure diminutum consequi debebit. E diuerso, quoniam fideicommissarius onus in repræsentanda defuncti persona & actionibus hæreditariis aduersus eum competentibus solus sustinet, inde necessario concludendum, Falcidiam legatis detractam ei remanere oportere. Præterea quod hæres adire coactus nihil retinere potest, neutiquam fauore legatariorum, quippe qui cogere nequeunt hæredem adire hæreditatem sibi suspectam, *§. ex diuerso, versic. nec ea res, institution. de lege Falcid.* sed solius fideicommissarii periculum suscipientis inductum fuit: huic igitur id soli, non illis æque vel magis etiam prodesse debet, *l. etiamsi, C. ad legem Falcid.* Denique pro regula traditum videtur, portionem, quam hæres, nisi coactus adiisset, retinere potuisset, consequi fideicommissarium, quod abunde comprobatur, *§. sed etiam, institu. de fideic. hæred. l. Marcellus, l. cogi, §. sed etsi quis, §. Matianus, & §. idem Matian. ff. ad Trebellian.* cui proinde fuerit etiam in casu *d. l. qui quadring.* standum, donec liquido probetur exceptus, *per not. in l. 1. ff. de regul. jur.* Sine quæ in *d. l. qui quadring.* præcedunt, illationem, consideres, neutiquam tanta, quantam vir eruditissimus arbitratur, subesse repugnantia videtur. Quod enim Celsus ait, *fideicommissarium tota trecenta legatario dare debere*, non tam ad excludendam Falcidiam, quam remanere

Penes

penes fideicommissarium tum ex dictis apparet, tum etiam Celsus in fine legis affirmat, quam ad remouendam duntaxat eiusmodi computationem siue distributionem, qualis altero casu, cum ad hæredis onus esse legata testator dixit, iniri solet, asserit. Non enim est in iure nouum, & quis id totum præstare vel consequi debere dicatur, ex quo tamen etiamnum Falcidia deduci potest, *l. si quis testamento, §. is qui, ff. de lega. 1. l. 1. §. Marcellus, ff. si cui plus quam per leg. Falc.* nec id minus vere, quam recte dicitur, attenta scilicet voluntate defuncti, qui procul dubio voluit integra legata præstari, *l. qui quod, ff. ad leg. Falc. 1. l. ultim. C. d. titul.* Vnde cum Celsus in vers. *dicendum*, Ipse nominatim ad voluntatem defuncti referat, quidue sit ei consentaneum explicet, tanto minus cuiquam videri debet mirum, quod tota trecenta legatario dari debere dixerit. Quod si voluisset hisce verbis etiam Falcidiam excludere, non in versicu. *itaq.* subiunxisset, ineunda esse legis Falcidiæ rationem. Nec enim dici potest, quod eo loci loquatur illo de casu, quando hæres sponte adiit, cum contextus ipse demonstret, eum nõ de alio, quam sub initium relato casu agere, & in sequenti demum versic. *quo euenit* casum de hærede sponte adeunte, nec tamen pure siue simpliciter, sed sub conditione Iureconsultus proponat, & quomodo Falcidiam is detrahat, referat, non alia quidem intentione, quam ut inde in versic. ultim. inferat, similiter in casu proposito, quando coactus hæres adiit, fideicommissario quartam de trecentis legatis portionem remanere. Adde quod etiam ratio Celsi nihil aliud importet. Vt enim præsumta volũtas testatoris cupientis integra legata præstari, nequit impedire, quo minus hærede sponte adeunte lex Falcidia minuat legata, ita etiam præsumatur, eum voluisse cum onere legatorum fideicommissum restitui, ac proinde etiam casu, quo coactus hæres adiit, integra legata præstari, non tamen inde Iureconsultus firmiter concludere potuisset, legi Falcidiæ tali casu locum non esse, quandoquidem ex l. seq. constat, hærede coacto adire, nihilominus voluntati defuncti legem Falcidiam præualere, vt quartam ab hærede legatis alioqui deducendam fideicommissarius ipsius loco surrogatus retineat. Quinimo idem videtur Celsus ipse confirmare, cum ait, hæredem hoc rogatum intelligi debere, vt fideicommissarium suo loco constituat. Hæredis enim loco constitutus, par est, & ratio surrogationis exigit, vt eodem iure gaudeat, & Falcidiam pro rata legatis à lege ipso iure semel abstractam retinere valeat, vt hæres ipse, si sponte adeundo ex quadrante cum effectu hæres remanere voluisset, eandem retenturus fuisset. Sic etiam, quod in sequentib. Celsus euincit, hæredem esse rogatum restituere centum, non eo tendit, ut fideicommissarium non nisi centum retinere siue consequi posse demonstretur, uti nec tale quid inde concludit ICtus, neque concludere potuisset, quandoquidem nuda voluntas testatoris nec hæredi, nec fideicommissario inhibet Falcidiæ retentionem, sed in hunc finem adducitur, ut deprehensa voluntate testatoris cupientis trecenta legatario præstario, residua centum restitui fideicommissario, inde posset inferri, quemadmodũ hæres sponte adiens ex trecentis legatis quartam partẽ, nempe septuaginta quinq; retinet, sic ipso adire coacto fideicommissarium ei cum onere legatorum surrogatum ex legatis tantundem retinere posse. Cui porro consequens, nihil in ultimis verbis d. legis emendandum vel tollendum esse, cum Cels. ipse non obscure declarauerit, quatenus tota legata præstãda sint, ac illatio negatiue concepta, & per sese vera esse, & ad eum, quem

diximodum probe cum præcedentibus congruere videatur. Quoniam vero ex prædictis constat, *d.l. Marcellus in princ.* in eo demum casu procedere, quem nominatim ibi Marcellus proposuit, quando ad hæredis onus esse testator legata dixit, recte Dd. ibidem statuunt, dispositionem illius extra eum casum non esse extendendam siue producendam, proinde nec dispositioni *d.l. cum quæstio*, in terminis longe diuersis procedenti, quasi contrariam esse opponendam. Porro etsi alias plurimum referat, priore an posteriore loco totum assignetur siue relinquatur, tamen ampliatio nostra procedit indistincte, quia certa res vel quantitas hæreditati in solidum alicui assignatæ deducenda venit, siue quis in ea primo siue medio, siue postremo loco fuerit institutus, ut recte præ cæteris tradidit *Castren. in d. l. qui quadring. nu. 4. Vasquius de success. progres. lib. 1. §. 3. n. 68.* satisq; patet cum ex *d.l. qui quadringenta, & d. l. quoties, C. de hæred. inst.* tum etiam, quia licet priore loco institutio in certa re siue quantitate facta fuerit, tamen ea res siue quantitas non aliunde, quam ex hæreditate defuncti desumi potest, *l. 1. in prin. ff. de leg. Falcid. & in pr. inst. de lege Falc.* ac de voluntate testatoris clare constat, quod illam ipsam rem siue quātitatem omnimodo consequi voluerit institutum, nihilq; certius, quam tantum decedere uniuersaliter instituto, quantum instituto in certa re siue quantitate, reperitur assignatū; *l. legatum est, in pr. ff. de lega. 1. iuncta d. l. quoties, C. de her. inst.*

54 Limitanda † vero dispositio *d. l. cum quæst.* primò, ne procedat, quando posteriori plus dimidia parte assignatur: etsi namq; ad hunc quoq; casum *d. l. cum quæst.* porrigat *Cuiacius in l. interdum, inst. ff. de her. inst.* verius tamen videtur, in dubio non esse præsumēdum, testatorem partem dimidia maiorem priori, cui totum assignauerat, adimere voluisse, *ut censuerunt Guil. de Cum. & Fulgos. in d. l. cum quæst. quos refert Alex. ibid. n. 5. & 6. idemq; tenet Vasquius de success. progres. lib. 3. §. 22. n. 7.* Probatur enim ex eo primum, quod verisimile non est, testatorem plures, quam toto continentur partes constituere, siue assem excedere voluisse: at multo minus est verisimile, quod posteriorem, cui partem assignauit, plus cōsequi voluerit, quam priorem, cui totum assignauit: quod tamen eueniret, si pars dimidia maior priori foret adimenda: Proinde coniecturæ fortiori debilior cedat oportet, *c. transmissæ, qui filij sint legit. l. si qui adulterij, C. ad legem Iul. de adult. gl. in l. Diuus, & ibid. Dd. ff. de restit. in integr. & in c. ex literis, de rest. in int.* Secundo per *d. l. cum quæst.* in qua facti species, quater ab Imperatore recensetur, semper tamen dimidia vel eâ minor, neutiquam vero maior assignata posteriori proponitur, cum tamen facti speciem de parte maiore, quam dimidia sit, concipere debuisset Imp. adeoq; concepturus omnimodo fuisset, ob maiorem in ea dubitandi rationem, si censuisset ademtionem tum quoq; præsumēdam, cum plus dimidia posteriori fuit assignatum. Tertio per tex. ad hoc notabilem & expressum in *l. interdum, §. sed si duos, v. sed et si duos, ff. de har. insti.* qui cum in terminis casum propositū decidat, ei potius inhærēdum fuerit, quam aliud ex controuersa extensione *d. l. cum quæst.* statuendum siue determinandum.

Limit. 2. Quando † primo pars, secundo totum, tertio pars assignatur: tunc enim dispositioni *d. l. cum quæstio*, non videtur esse locus, tum, quia casus est plane diuersus à terminis *d. l. cum quæst.* requirentis vt ab initio totum siue duodecim unciæ relictæ fuerint: Tum, quia cum primo quicquam ademtum esse præsumi nequeat, ut liquet ex his, quæ superius diximus, manifestum est, testatorem assem excedere, pluresue quam toto continentur partes constituere voluisse: quoties autem tali de volunrate testatoris constat, dispositioni *d. l. cum quæst.* locus non est, *ut tradunt gl. & Dd. ibid. & in l. interdum, §. pater, ff. de here. insti.* 55

instit. ac proinde postremi pars secundo præsumi nequit ademta. Tum, quia tunc demum in dubio præsumenda venit ademtio, cum per eam distributio testatoris ad assem vel dupondium redigitur, siue obseruantia distributionis legalis in asse dupondioue completo consistentis inducitur, ut liquet ex *d. l. cum quæstio*. At si tertij pars in dubio præsumeretur ademta secundo, non modo non induceretur legalis distributionis obseruantia, quia primi pars redundat, verum etiam nonraro impediretur, cum sæpius euenire possit, vt assem integrum pars tertij, cum parte primi constituat.

56 Cæterum † tertio casu quando nemini totum, sed omnibus partes testator assignauit, planum est quod nemini ademerit, nisi forte verbis apertis adimendi animum declarasset, sed assem excesserit, ac proinde tot in vncias diuidetur hæreditas, quot uncias continet partes institutis assignatæ, & cuique sua pars secundum defuncti dispositionem attribuetur, *Bartol. in d. l. cum quæstio, cum quo transeunt ibidem reliqui, Idem Bartol. in l. Iulianus, in fin. reprehendens contrariam glos. opinionem, & ibid. Ioan. de Imol. num. 10. dicens*, communiter *hoc teneri*, *Castrens. num. 4. dicens glos. per* omnes *reprehendi, & nouissime Cuiac. ff. de hered. institution. Ioan. de Imola in l. interdum, num. 5. ibid. Cuiac. ff. de d. titul. Dd. §. videamus, institutio. de hered. institution. Donell. lib. 6. comment. de iure ciuil. c. 22. §. altera, versicul. summa hæc erit*, & probatur aperte per tex. *d. l. interdum, §. ultim. & l. Iulianus, cum l. seq. ff. de hered. institutien. & d. §. videamus, versic. & ex diuerso, fac. etiam l. si ita scriptum, in princip. ff. de lib. & post.* Nec refert, †

57 priori siue prioribus maiorem portionem assignauerit, an minorem, siquidem neutro casu dispositio *d. l. cum quæstio*, quippe totius assignationem prærequirens, locum habere potest, ut recte consuit *Ioan. de Imola in d. l. interdum, num. 5. & ibid. Cuiac. idemq. sensisse reliqui videntur.* Sed etsi partes prioribus distributæ assem integrum constituant, nihilominus ubi postea testator alicui partem assignauit, non prioribus eam ademisse, sed assem excessisse censetur, *ut est tex. expressus in d. l. interdum, §. ult.* ubi asse toto distributo, testator Titium instituit ex parte sexta, quæ cum duas uncias continere soleat, Trebatius inde colligit, eum quatuordecim hæreditatis uncias constituisse. Textus æque clarus in *d. §. videamus, vers. & ex diuerso.* Ait Imperator illic: si quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habendum, ac si unusquisq; ex quarta parte, (si ad assem revocatio fiat) hæres scriptus esset, ac proinde nihilo plus adiudicat postremo, quam cuiuis priorum: & sic trientem siue tertiam partem postremo relictam tribus priorum trientib. integrum assem conficientibus neutiquam censet esse detrahendam, sed potius præsumit, voluisse testatorem excedere assem, & sedecim hæreditatis uncias quatuor trientibus contentas constituere; quæ si reuocentur ad assem, cuique ex quatuor hæredibus scriptis unciæ tres, siue quarta pars assis, hoc est, quadrans obueniat. Denique licet in institutione siue primo gradu testator solennem assis distributionem obseruauerit, nihilominus in substitutione siue secundo gradu assem excessisse præsumitur, quando plures, quam asse continerі dignoscuntur, partes inter substitutos distribuit, vel substituto siue substitutis maiorem portionem, quam sit eius, cui substituit, adscripsit, *ut est textus notabilis in d. l. Iulia. in fin. cum l. seq. & ibi. tradit Ioan. de Imol. n. 8. Castr. n. 1. & reliqui Dd. ff. de her. instituti.*

EXER-

dixi modum probe cum præcedentibus congruere videatur. Quoniam vero ex prædictis constat, *d.l. Marcellus in princ.* in eo demum casu procedere, quem nominatim ibi Marcellus proposuit, quando ad hæredis onus esse testator legata dixit, recte Dd. ibidem statuunt, dispositionem illius extra eum casum non esse extendendam siue producendam, proinde nec dispositioni *d.l. cum quæstio*, in terminis longe diuersis procedenti, quasi contrariam esse opponendam. Porro etsi alias plurimum referat, priore an posteriore loco totum assignetur siue relinquatur, tamen ampliatio nostra procedit indistincte, quia certa res vel quantitas hæreditati in solidum alicui assignatæ deducenda venit, siue quis in ea primo siue medio, siue postremo loco fuerit institutus, ut recte præ cæteris tradidit *Castren. in d. l. qui quadring. nu. 4. Vasquius de success. progres. lib. 1. §. 3. n. 68.* satisq; patet cum ex *d.l. qui quadringenta, & d. l. quoties, C. de hered. inst.* tum etiam, quia licet priore loco institutio in certa re siue quantitate facta fuerit, tamen ea res siue quantitas non aliunde, quam ex hæreditate defuncti desumi potest, *l. 1. in prin. ff. de leg. Falcid. & in pr. inst. de lege Falc.* ac de voluntate testatoris clare constat, quod illam ipsã rem siue quãtitatem omnimodo consequi voluerit institutum, nihilq; certius, quam tantum decedere uniuersaliter instituto, quantum instituto in certa re siue quantitate, reperitur assignatũ; *l. legatum est, in pr. ff. de lega. 1. iuncta d. l. quoties, C. de har. inst.*

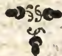
Limitanda † vero dispositio *d.l.*
54 *cum quæst.* primò, ne procedat, quando posteriori plus dimidia parte assignatur: etsi namq; ad hunc quoq; casum *d.l. cum quæst.* porrigat *Cuiacius in l. interdum, in fi. ff. de har. inst.* verius tamen videtur, in dubio non esse præsumẽdum, testatorem partem dimidia maiorem priori, cui totum assignauerat, adimere voluisse, *ut censuerunt Gul. de Cun. & Fulgos. in d.l. cum quæst. quos refert Alex. ibid. n. 5. & 6. idemq; tenet Vasquius de success. progres. lib. 3. §. 22. n. 7.* Probatur enim ex eo primum, quod verisimile non est, testatorem plures, quam toto continentur partes constituere, siue assem excedere voluisse: at multo minus est verisimile, quod posteriorem, cui partem assignauit, plus cõsequi voluerit, quam priorem, cui totum assignauit: quod tamen eueniret, si pars dimidia maior priori foret adimenda: Proinde coniecturæ fortiori debilior cedat oportet, *c. transmissæ, qui filij sint legit. l. si qui adulterij, C. ad legem Iul. de adult. gl. in l. Diuus, & ibid. Dd. ff. de restit. in integr. & in c. ex literis, de rest. in int.* Secundo per *d.l. cum quæst.* in qua facti species, quater ab Imperatore recensetur, semper tamen dimidia vel eà minor, neutiquam vero maior assignata posteriori proponitur, cum tamen facti speciem de parte maiore, quam dimidia sit, concipere debuisset Imp. adeoq; concepturus omnimodo fuisset, ob maiorem in ea dubitandi rationem, si censuisset ademtionem tum quoq; præsumẽdam, cum plus dimidia posteriori fuit assignatum. Tertio per tex. ad hoc notabilem & expressum in *l. interdum, §. sed si duos, v. sed etsi duos, ff. de har insti.* qui cum in terminis casum propositũ decidat, ei potius inhærẽdum fuerit, quam aliud ex controuersa extensione *d.l. cum quæst.* statuendum siue determinandum.

Limit. 2. Quando † primo pars, 55
secundo totum, tertio pars assignatur: tunc enim dispositioni *d. l. cum quæstio*, non videtur esse locus; tum, quia casus est plane diuersus à terminis *d. l. cum quæst.* requirentis vt ab initio totum siue duodecim unciæ relictæ fuerint: Tum, quia cum primo quicquam ademtum esse præsumi nequeat, ut liquet ex his, quæ superius diximus, manifestum est, testatorem assem excedere, pluresne quam toto continentur partes constituere voluisse: quoties autem tali de voluntate testatoris constat, dispositioni *d. l. cum quæst.* locus non est, *ut tradunt gl. & Dd. ibid. & in l. interdum, §. paterf. ff. de hære. insti.*

instit. ac proinde postremi pars secundo præsumi nequit ademta. Tum, quia tunc demum in dubio præsumenda venit ademtio, cum per eam distributio testatoris ad assem vel dupondium redigitur, siue obseruantia distributionis legalis in asse dupondioue completo consistentis inducitur, ut liquet ex *d. l. cum quæstio.* At si tertij pars in dubio præsumeretur ademta secundo, non modo non induceretur legalis distributionis obseruantia, quia primi pars redundat, verum etiam non raro impediretur, cum sæpius euenire possit, vt assem integrum pars tertij, cum parte primi constituat.

56 Cæterum † tertio casu quando nemini totum, sed omnibus partes testator assignauit, planum est quod nemini ademerit, nisi forte verbis apertis adimendi animum declarasset, sed assem excesserit, ac proinde tot in vncias diuidetur hæreditas, quot uncias continet partes institutis assignatæ, & cuique sua pars secundum defuncti dispositionem attribuetur, *Bartol. in d. l. cum quæstio, cum quo transeunt ibidem reliqui, Idem Bartol. in l. Iulianus, in fin. repræhendens contrariam glos. opinionem, & ibid. Ioan. de Imol. num. 10. dicens*, communiter *hoc teneri, Castrens. num. 4. dicens glos.* per omnes *reprahendi, & nouissime Cuiac. ff. de hared. institution. Ioan. de Imola in l. interdum, nume. 5. ibid. Cuiac. ff. de d. titul. Dd. §. videamus, institutio. de hæred. institution. Donell. lib. 6. comment. de iure ciuil. c. 22. §. altera, versicul. summa hac erit*, & probatur aperte per tex. *d. l. interdum, §. ultim. & l. Iulianus, cum l. seq. ff. de hæred. institution. & d. §. videamus, versic. & ex diuerso, fac. etiam l. si ita scriptum, in princip. ff. ae lib. & post.* Nec refert, †

57 priori siue prioribus maiorem portionem assignauerit, an minorem, siquidem neutro casu dispositio *d. l. cum quæstio*, quippe totius assignationem prærequirens, locum habere potest, ut recte consuit *Ioan. de Imola in d. l. interdum, num. 5. & ibid. Cuiac. idemq. sensisse reliqui videntur.* Sed etsi partes prioribus distributæ assem integrum constituant, nihilominus ubi postea testator alicui partem assignauit, non prioribus eam ademisse, sed assem excessisse censetur, *ut est tex. expressus in d. l. interdum, §. ult.* ubi asse toto distributo, testator Titium instituit ex parte sexta, quæ cum duas uncias continere soleat, Trebatius inde colligit, eum quatuordecim hæreditatis uncias constituisse: Textus æque clarus in *d. §. videamus, vers. & ex diuerso.* Ait Imperator illic: si quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habendum, ac si unusquisq; ex quarta parte, (si ad assem reuocatio fiat) hæres scriptus esset, ac proinde nihilo plus adiudicat postremo, quam cuiuis priorum: & sic trientem siue tertiam partem postremo relictam tribus priorum trientib. integrum assem conficientibus neutiquam censet esse detrahendam, sed potius præsumit, voluisse testatorem excedere assem, & sedecim hæreditatis uncias quatuor trientibus contentas constituere, quæ si reuocentur ad assem, cuique ex quatuor hæredibus scriptis unciæ tres, siue quarta pars assis, hoc est, quadrans obueniat. Denique licet in institutione siue primo gradu testator solennem assis distributionem obseruauerit, nihilominus in substitutione siue secundo gradu assem excessisse præsumitur, quando plures, quam asse contineri dignoscuntur, partes inter substitutos distribuit, vel substituto siue substitutis maiorem portionem, quam sit eius, cui substituit, asscripsit, *ut est textus notabilis in d. l. Iulia. in fin. cum l. seq. & ibi. tradit Ioan. de Imol. n. 8. Castr. n. 1. & reliqui Dd. ff. de hær. instituti.*



EXER-

EXERCITATIO VIGESIMAPRIMA

De partibus, ex quibus aliqui saltem sunt heredes scripti, cæteris absq; parte institutis.

SVMMARIA.

1. *Institutus sine parte, quod assi deest, consequitur.*
2. *Obijcitur* l. si ita scriptum, §. 1. ff. de hær. Inst. *& ad eam respondetur.*
3. *Plures sine partibus instituti consequuntur id modo, quod assi deest.*
4. *Et æqualiter in eo succedunt.*
5. *Nil refert, primo, medio, an nouissimo loco quis instituatur sine parte.*
6. *Partes certam hæreditatis quotam non significantes id modo complectuntur, quod deductis partibus omnimodo certis assi deesse dignoscitur.*
7. *Dupondio non expleto, quod ei deest, sine parte scriptus consequitur.*
8. *Etiamsi priori totum, posteriori pars dimidia vel minor assignetur, insuper alius sine parte instituatur.*
9. *Quod tripondio vel quatripondio deest, ad scriptum sine parte pertinet.*
10. *Nil refert, in testamento quis, an in codicillis, ad quos testamentum sese refert, ex parte vel sine parte sit institutis.*
11. *Cohæredes certis ex partibus substituti, ex ijsdem in portione vel bonis eius, cui substituti sunt succedunt.*
12. *Cohæredes cisi disparibus ex partibus instituti sint, tamen cum in substitutione partes non omnibus assignantur, sine parte substituti residuum ferunt, vel eo deficiente dimidium.*
13. *Cohæredes absq; partium assignatione substituti pro hæreditarijs partibus ad portionem deficientis vocantur.*
14. *Nisi duntaxat aliqui eorum, non omnes substituti sint.*
15. *Extranei soli quando substituuntur, nec tamen omnes certis ex portibus, sine parte substituti residuum, vel si nil restet, dimidium ferunt.*
16. *Quando cum hæredibus alij substituuntur, nec omnibus in substitutione partes assignantur, sine parte substituti residuum vel eo deficiente dimidium consequuntur.*
17. *Nisi testator ex ijsdem partibus, quibus instituerat, hæredes substituerit, extraneis autem partem non assignauerit.*
18. *Cum nemini pars in substitutione attribuitur, dimidium cohæredes ferunt, ac dimidium extraneus consequitur.*
19. *Quilibet eorum qui proprijs nominibus expressis cum hæredibus substituuntur, tantum consequitur, quantum hæredes conjunctim.*
20. *Partis ad hæredes pertinentis diuisio fit inter ipsos pro partibus hæreditarijs.*
21. *Hæredes, quando non minus quam extranei proprijs nominibus expressis substituuntur, dummodo non conjunctim, quisq; tam hæredum, quam extraneorum portionem fert virilem.*
22. *Æqualitas oneris impositi efficit, vt æqualiter hæredes & extranei substituti admittantur.*
23. *Extraneis collectiuo nomine substitutis non nisi dimidium viritim distribuendum obuenit, alterum ad hæredes itidem nomine collectiuo substitutos pertinet pro portionibus hæreditarijs.*
24. *Extraneus tantundem non consequitur, quantum hæredes per particulam distributiuam cum eo substituti.*
25. *Conciliatur* l. si in testamento, ff. de vulg. & pup. *cum* l. vlt. C. de impub. & al. subst.

26. *Etiam*

26. *Etiam in testamentis priuilegiatis absq; parte scriptus, quod assi deest, consequitur.*
27. *Sine parte scriptus assem alium adipiscitur, quando testator putauit, assem integrum esse distributum.*
28. *Disputatur de intellectu* l. ex facto etiam, ff. de hær. inst.
29. *Qui à lege saltem habetur pro instituto, virilem adipiscitur, non id quod assi deest.*
30. *Cum nihil assi deest, sine parte institutus ad assem alterum vocatus intelligitur.*
31. *Nec interest, primo, an medio, vel nouissimo loco sit institutus.*
32. *Sine parte scriptus in dubio potius ad assem alium vocatus, quam substitutus censetur.*
33. *Dupondio expleto sine parte scriptus assem tertium consequitur: tripondio expleto assem quartum, & sic deinceps.*
34. *Plures instituti sine parte intelliguntur vocati duntaxat ad unum assem inter ipsos ex æquo diuidendum.*
35. *Quia à lege habetur pro instituto, virilem solummodo, non assem alium adipiscitur.*
36. *Institutus ex parte, quæ vere nulla est, nulla ex parte fieri potest hæres.*

PRæcedenti exercitatione pluribus ostensū, quid juris, quando neminem sine parte testator instituit: nunc explicandum restat, quomodo diuidenda sit hæreditas, vno pluribusue simpliciter absq; parte, aliis autem institutis ex certis partibus? Distinguunt hic Iureconsulti nostri, & Imperator ipse institutionibus, utrum assi desit quidpiam, an nihil. Et † ut à priore incipiamus, quādo partes aliquibus assignatæ neutiquam conficiūt siue complent assem, pro regula traditum, eum eosue, qui sine parte sunt instituti, quod assi deest, consequi debere, *l. item quod Sabinus, l. asse toto, l. qui non militabat, §. filiis, vers. nihil autem, ff. de hær. inst. l. ult. ff. de bon. poss. secund. tab. §. si plures, versic. partib. autem, instit. de hær. inst.* Nec obscura est eius ratio: Siue enim testator eas partes assignauit, quas totum constituere non posse certum est, puta, si tres ex quartis partibus instituat, nihil certius est, quam sine parte scriptos in residuo testatorem succedere voluisse, cum, quia simplex illa & indefinita quorundam institutio satis per id, quod ex hæreditate residuum est, determinatur, ut superuacuum duxerit esse testator, eos nominatim in residuo instituere: tum, quia nisi testator unum pluresue certis ex partib. hæredes instituisset, uniuersa hęreditas foret institutorū sine parte: quoties autem testator ex eo, quod uniuersum quorundam foret, alij siue aliis certum quid collatum vult, ad illos residuum solummodo pertinere se velle planissime declarat, *l. legatum est, in pr. ff. de leg. 1.* siue eas expressit, quæ solę per sese totum cōstituere possent, adeoq; totam hæreditatem continerent, nisi quis præterea sine parte scriptus esset, pauciores tamen sunt iis, in quas legali distributione diuidi solet hęreditas, puta, cum primum ex duab. alterum ex una parte instituit, *l. Cle. ff. de hær. inst. l. quanquam, C. de test. mil.* tunc quoq; nihil æq; voluntati testatoris consentaneum, quam ut sine partib. instituti succedant in his partib. quæ secundum legalem distributionem assi deesse dignoscuntur, quia longe verisimilius est, testatorem potius hoc modo legalem obseruare distributionem, & intra unum assem consistere, quam pauciores facere partes, pariter & assem excedere, siue ad dupondium transire voluisse, *l. si ita scr. §. in test. l. qui non militabat, §. filiis, ff. de hær. inst. l. cum quæst. ubi gl. & Dd. C. de leg.* Huic 2 † tamen regulæ, quamuis per sese certissima sit, vehementer obstare videtur Africani responsum in *d. l. si ita script. §. 1. ff. de hær. institut.* decidentis, filiæ simpliciter institutę assem totum esse datum, cum tamen posthumus cohæres ex dodrante saltem fuerit institutus. Irnerius hoc Africani respon-

responsum censuit esse correctum per *d. l. cum quaest. quem sequitur Cuiac. in d. §. 1. trac. ad African. 4.* Sed Imperatorē illic eo de casu demum disponere.cū prior in solidum, vel ex asse siue duodecim unciis nominatim fuit institutus, cum ex contextu patet, tum contra Vasquium exercitatione praecedenti fuit ostensum. Et quis crediderit Pandectarum compilatores hoc responsum titulo *de haeredib. instit.* fuisse contra manifestam Imperatoris prohibitionem inserturos, si non modo pluribus aliorum responsis contradiceret, verum etiam ab Imperatore pridem fuisset explosum. Vt omittam, ICtos nusquam innuere hanc inter ipsos controuersam fuisse quaestionem. Accursius autem *in d. §. 1.* relatis nec immerito repudiatis aliorum conciliationibus, ait, ibi constitisse, quod assem excedere testator, atque adeo filiae peculiarem assem relinquere voluerit: Eius assertionem amplectuntur ibidem *Bart. Bal. & aly, ac sequi videtur etiam Cuiac. trac. ad African. 4.* neue diuinationis arguatur, eam duplici ratione muniunt. Filia namq; simpliciter instituta, inquit post Accursium Cuiacius assem instituta videtur: Africanus ipse bis in eodem §. nominatim supponit, filiae totum assem esse datum. Verum si per sese certum fuisset, quod testator filiā assem habere voluerit, uana fuisset, omnisque dubitationis expers Africani subtilissimi ICti quaestio, quandoquidem similiter etiam de posthumo constitisset, quantam ille portionem habere deberet, nempe dimidiam & quartam, hoc est, dodrantem, ac proinde planum fuisset, testatorem viginti unam uncias haereditatis constituisse. Quorsum igitur voluntatem testatoris per sese claram ICtus acutissimus disceptatione tam operosa indagasset? Nec inficiamur, simpliciter institutum ex asse institutum intelligi, sed ita demum, quando non est aliquis ex parte scriptus, aut as vel dupondius expletus: assé namque vel dupondio nondum expleto, simpliciter institutus in eo saltem, quod assi vel dupondio deest, institutus intelligitur, ut regula modo proposita probat euidentissime: Africanus autem posthumum, qui solus nascebatur, ex dimidia & quarta proponit institutum, & consequenter assi quadrans deerat. Nec ad rem facit, quod ICtus in decidenda quaestione bis ait, filiae totum assem esse datum. Non enim supponit, aliunde constitisse, quod integrum assem dare filiae testator voluerit, sed ex formula institutionis verbis expressis relata tale quid conijcit, siue colligit, cum tamen primo intuitu ex ea contrarium potius videretur inferendū. Quin hoc ipsum est quod controuertitur, cur Africanus contendat, filiae totum assem datum esse, quae tamen simpliciter sine parte instituta residuum ex asse quadrantem solummodo consequi debebat secundum regulam *d. l. item quod Sabin.* & similium. Non desunt asserentes in formula institutionis ab Africano prolata integrum assem fuisse posthumis distributum, quandoquidem posthumis ex dodrāte scriptus, posthuma in quadrante instituta, ut proinde filiam Titiam sine parte scriptam in alium assem venire necesse sit, *l. item quod Sabinus, §. sed si asse, ff. de hared. instit. cum concordantib. Hac tradit. Ioan. de Imol. d. §. 1. num 3. Salic. in d. l. cum quaestio, num. 1. & ex recentioribus Vasqu. de success. progress. lib. 1. §. 3. n. 69.* Sed cum in Africani formula nihil eo de casu dispositum videatur, quando posthumus & posthuma pariter nascuntur, consequitur nec assem inter eos uti simul nascituros fuisse distributum, nedum expletum. Nec vero alia de caussa scriptus absq; parte cōsequitur alium assem, quam quia residuam testator nō reliquit portionem, ex qua intelligi possit institutus: At in Africani formula utroq; casu, de quo disputatur, pars residua remanet, quarta quidem, si posthumus edatur, siue posthumi, dodrans autem, si posthuma, siue posthumae nascantur. Vnde neutro

neutro casu statuendum videbatur, filiæ assem fuisse datum. Pro resolutione difficultatis huius putarim dicendum, negari quidem vix posse, de casu quo vterq; posthumus & posthuma nasceretur, ibi verbis expressis non esse dispositum, vt præ cæteris ibidem tenuerunt *Bald. & Cuiac. tract. ad Afric. 4. sensitq. Salic. in d. l. cum quæstio, n. 1. & ibid. Alex. nu. 6. cum referens*, proinde quoniam illo eveniente non sunt ambo instituti, si verba respicias, subtili regulæ iuris conuenire videbatur, ruptum fieri testamentum, vt Iulianus ait *in l. si ita scriptum, ff. de lib. & post.* Verum quia voluntatem testatoris, etsi verba deficiant, cum alias, tum vero maxime in distributione partium hæreditariarum placet attendendam, & in proposito, cum testator prouidet in casum, quo vel posthumi, vel posthumæ nascantur, partes vtrisq; diuersas assignando, sit euidens ipsius, quantumvis non verbis expressa voluntas, quod & posthumum & posthumam, si pariter edantur, sibi pariter etiam hæredes esse voluerit, & quidem secundum diuersas in institutione portiones assignatas, humanitate suggerente merito a priscis etiam ICtis ad huiusmodi sententiam decursum est Iuliano teste, vt posthumo posthumaque natis, ambo intelligantur instituti, & quidem ex ea quisque portione, quæ reperitur ei separatim assignata, *d. l. si ita scriptum, vbi notant idem Dd. Cuiac. ad African. trac. 4. in d. §. 1.* Ergo secundum hanc Iuliani & anteriorum ICtorum sententiam dubium non erat, posthumo & posthuma natis, tantundem solam filiam sine parte scriptam habituram, quantum vterque posthumorum, per regulam *d. l. item quod Sabin. §. sed si asse, & concor.* vt proinde Africanus hoc de casu, quasi minus dubio non quærat, potius eius decisionem, quasi certam ad determinandam quæstionem principaliter ibi propositam accommodet: id modo quærit, ac disceptat, si alteruter tantum, puta, posthumus nascatur, quota ex parte hæres esse debeat: non quod dubitet ICtus, eum ex dodrante, quem testator assignauit, hæredem fore, sed quia multum interest, vtrum ille dodrans vnius & eiusdem sit assis, ex quo filia sine parte scripta residuum consequatur, an vero filia integrum assem consequente ipse dodrantem assis alterius ferat. Ac prius quidem asserendum videbatur, tum, quia præsumitur iure nostro, testatorem nec assem excedere, nec legalem distributionem transgredi voluisse, *l. si ita scriptum, §. in testamento, l. qui non militab. §. filys, ff. de hæred. instit. d. l. cum quæstio, C. de lega. & vbiq; Dd.* quorum tamen evenit vtrumque, cum as filiæ, posthumo dodrans adjudicatur: tum, quia posthumis vtriusque sexus non natis cessat caussa, cur filia præsumatur in assem vocata, videlicet completa partium assis inter cohæredes distributio: cessabit igitur effectus: tum, quia testator casum nasciturí saltem posthumi prævidit, & in hunc euentum expresse disposuit, vt dodrantem natus habeat, residuo de quadrante nihil omnino disposuit: prout e diuerso in alterum euentum, si posthuma nascatur, quadrantem assignauit, residuum nemini verbis expressis obtulit: Proinde cum in proposito nec errore testatoris, nec ob casum supervenientem ab eo non prævisum, sed secundum apertam ipsius dispositionem pars residua sit, ea demum filiæ sine parte scriptæ tribuenda videbatur. Contrarium tamen, nempe filiæ totum assem, posthumo dodrantem esse datum, vt quarta portione amplius filia, quam posthumus ferre debeat, decidit Africanus, & quidem rectissime: Cum enim posthumo pariter & posthuma natis, non sit ambigendum, quin testator illum ex dodrante, hanc ex quadrante succedere, filiam vero solam tantundem consequi voluerit, quantum vtrumq; posthumorum, hoc est, assem integrum, verisimile nō est,

eum voluisse, vt alterutro tantum, puta, posthumo nato, filia longe minus consequatur, siquidem quanta dilectione filiam præ posthumis vtriusq; sexus nasciturís est profecutus, tanta vel maiore procul dubio fuit eandem prosecutus præ posthumo saltem nasciturо, nihilq; minus ipsius voluntati consentaneum videri potest, quam posthumum, quem vna cum posthuma conjunctim non plus quàm filiam Titiam consequi voluit, solum triplo plus, quam dictam Titiam consequi. Quocirca euidenter hinc apparet, in eum etiam euentum, si alteruter solummodo nascatur, puta, posthumus, filiam sine parte scriptam ex asse institutam intelligi debere, id quod potissimum Africanus vrget. Nec obstant allatæ dubitandi rationes. Allegatæ namq; præsumtioni juris ita demum locus, quando non alia subest euidentior conjectura voluntatis testatoris, qualem cum in Africani casu adesse ostensum fuerit, ei non immerito cedit præsumtio juris in dubio saltem procedens. Caussa vero, quæ posthumo pariter & posthuma natis efficit, vt as filiæ datus intelligatur, etsi cesset posthumo saltem edito, tamen alia succedit efficaciæ non minoris, ea nempe, quam attigimus, conjectura voluntatis euidens. Residuum autem etsi nemini testator verbis expresssis obtulerit, in eo tamen ideo filia censeri nequit instituta, quia testatoris in omnem euentum filiam consequi assem integrum cupientis non est obscura voluntas, & in portione inutiliter, aut plane non assignata scriptum sine parte non intelligi institutum, quando conjecturis hanc mentem esse testatoris detegitur, textus est in *l. quo loco, §. si jam mortuo, ff. de hered. instit.* Hinc igitur perspicuum, regulæ nostræ paulo ante relatæ non refragari *d. §. 1.* sed eam restringere, ne procedat, quando verisimiliter apparet, voluisse testatorem, vt sine parte scriptus assem integrum consequatur.

Ampliatur ea I. Etiamsi plures 3
sine partibus instituti sint, nihilominus eam solummodo partem, quæ assi deest, consequentur, *tex. in d. §. si plures, versic. partibus autem, vbi Dd. inst. de hered. instit. d. l. item quod Sabin. §. 1. d. l. qui non milit. §. filijs, ff. de hered. instit.* Nam quæ ratio facit, vt vnus sine parte scriptus ad residuum vocatus intelligatur, eadem in pluribus etiam sine parte scriptis idem jus exigit, & juris est aliàs notissimi, quod in vno procedit, regulariter etiam in pluribus obtinere, non subsistente rationis diuersitate. *l. 1. §. item hoc edictum, ff. de eo qui pro tut.* Cumque † sit regulare, vt æ- 4
qualiter ij succedant, quibus partes non sunt assignatæ, *§. si plures, versic. satis enim, inst. de hered. instit.* in residuo, quod ad scriptos absque parte solum pertinet, æquis partibus hi succedent, sive vna, sive diuersis orationibus instituti sunt, *Castrens. in d. l. item quod, num. 8.* dummodo non inter eos vnus pluresve separatim, alij conjunctim sint sine parte instituti, tali namque casu conjuncti haberentur loco vnius, *l. plane, ff. de legat. 1.* nec plus ex residuo consequerentur, quam vnus disiunctorum, *l. item quod, §. sed si asse, versic. nam etsi, l. liber homo, §. Titius heres, ff. de hered. instit.*

Ampl. II. Nihil enim refert, 5
sive primo, sive medio, sive postremo loco quis instituatur sine parte, *l. quo loco, in princ. l. qui non militab. §. filijs, vers. nihil autem, ff. de hered. instit. d. §. si plures, versic. nec interest, inst. d. t.* cuius ratio cum per sese manifesta, tum etiam eleganter exposita per *Donell. lib. 6. commen. de jure ciuil. c. 22. §. restat tertia.*

Ampl. III. etiamsi partes omni- 6
bus adscripserit, sed nonnullis eas modo, quæ certam hæreditatis quotam minime significant: tales enim id modo complectentur, quod deductis partibus omnimodo certis assi deesse dignoscitur, *per tex. d. l. qui non milit. §. filijs, & l. si ita scriptum, §. vltim. ff. de hare.*

hered. instit. & idipsum rationes iuris peræque suadent: nisi namq; de residuo partes incertæ intelligantur, necesse fuerit, eam testamentariæ dispositionis interpretationē fieri, qua vel plures vel pauciores, quam toto continentur, partes à testatore distributæ dicantur: id quod absurdum videtur, cum nihil minus præsumendum sit, quam testatorem pauciores aut plures, quam sint in toto, partes distribuere voluisse, *d. §. filijs, & d. §. vlt. l. cum quæstio, C. de lega. cum similib.* adeoque tunc etiam, cum tale quid ab eo factum aperte deprehenditur, potestate iuris ad assem reductio fiat, vt partes assem excedentes institutis pro rata decrescant, quæque distributæ siue assignatæ non sunt, ijs pro rata accrescant, *l. interdum, §. paterfam. ff. de hæred. instit. §. videamus, instit. d. t.* Præterea partibus incertis nec plus nec minus, quam si residuum, contineri, satis ex cæteris partibus omnimodo certis colligitur, de quibus cum constet, quantam hæreditatis portionem contineant, partes per sese incertæ siue indeterminatæ declarationem ac determinationem ab eis iure merito recipiunt, *l. vlt. §. vltim. ff. de trit. & de lega. l. nam quod liquide, §. vlt. ff. de penu leg. l. 1. ff. de reb. dub. l. ait prætor, §. si iudex, ff. de re iudic.* Denique si maxime dubium esset, an residuum, non plus nec minus contineatur partibus incertis, tamen cum sint paria, non esse partes à testatore assignatas, & non apparere, quantæ sint ab eo assignatæ, *l. duo sunt, ff. de testa. tut. l. tritium, ff. de verbor. oblig. Panci rol. consil. 192. nu. 30.* perinde foret, ac si eos absque partibus instituisset, quibus incertas partes ascripsit: At si fuissent sine partibus instituti, residuum ad eos procul dubio pertineret: Quare nec ambigendum, quin ad institutos ex partibus incertis idem pertinere debeat.

7 Ampl. IV. in dupondio: nam si testator plus asse distribuerit, ita tamen, vt dupondio quid etiamnum desit, id modo residuum sine parte scripto siue scriptis hæredibus obueniet, *tex. in l. Sabin. aliàs, quæsitum, vbi Dd. l. ex vncijs, ff. de hæred. instit. §. videamus, vers. etsi plures, & ibi, Dd. inst. d. t. Donell. d. c. 22. §. restat tertia, Hotom. lib. 8. obseru. c. 2.* nec immerito quidem: Sicut enim est verisimile, testatorem minus asse distribuentem, non plures, nec pauciores, quam toto continentur, partes constituere, sed residuum ad institutos sine parte pertinere potius voluisse, sic etiam est omnino verisimile, testatorem, qui transijt ad dupondium, minus tamen eo distribuit, non plures, nec pauciores, quam toto dupondio contineri dignoscuntur, partes constituere, sed eorum, quibus partes non asseripsit, institutione dupondium explere, siue residuum ad ipsos pertinere omnimodo voluisse, vt rectissime scripserit Paulus, eandem esse rationem in secundo asse, quæ in primo: quo fit, vt disposita in vno asse, regulariter etiam obtineant in altero, *d. l. Sabinus.* Hæc ampliatio sine dubio quidem procedit, quando testator vni duntaxat partes asseripsit, aut pluribus quidem, assem tamen integrum nulli eorum assignauit, vel vni quidem siue pluribus conjunctim assem asscripsit, non tamen priori siue prioribus, aut primo quidem siue prioribus conjunctim totum, posteriori tamen siue posterioribus plus quam dimidium assignauit. At † cum priori totum, 8 posteriori partem dimidiam vel minorem attribuit, insuper alium sine parte instituit, dubitari non absque ratione potest, an tum quoque non nisi quod dupondio deest, consequi debeat sine parte scriptus? Constat enim ex *l. cum quæstio, C. de lega.* testatorem, quando priori totum, alteri dimidiam vel minorem partem assignat, non ad dupondium transijsse, sed à priore voluntate recessisse, ac priori partem alteri attributam ademisse, ac proinde partem asis nullam vacare: quoties autem non plus nec minus asse distributum reperi-

tur, sine parte scriptus in alium assem venit, *l. item quod, §. sed si, ff. de her. inst. §. si plures, vers. si vero, inst. d. t. cum concor.* Sed magis tam juri, quam testatoris voluntati consentaneum arbitror, isto casu nihil priori ademtum, sed ex altero asse partem posteriori relictam esse, ac proinde ad scriptum sine parte residuum pertinere, prout etiam præ cœteris sensit *Castrens. in d. l. item quod, num. 4. vers. quartus casus, & Vigl. in d. §. si plures, nu. 6.* quorum etsi neuter adducat rationem, confirmari tamen potest hæc sententia tum, per regulam *d. l. item quod Sabin. cum l. seq. & d. §. si plures, vers. part. l. us autem,* cui non immerito standum in proposito, cum ei casu nostro haudquaquam derogatum repetiatur: tum, quia verisimile non est, testatorem voluisse plus eum consequi, cui totum non asscripsit, quam eum cui totum nominatim assignauit: Tum, quia si rationem spectes, propter quam ademtio præsumitur in *d. l. cum quæstio,* ne scilicet alioqui necesse sit admitti, legalem distributionem testatorem esse transgressum, pluresve, quam toto continentur, partes constituere voluisse, cessat ea casu nostro, quoniam in eo constat, testatorem ad dupondium transijsse, nec minus obseruatur distributio legalis, impleturq; dupondium, quando nulla præsumitur ademtio, quam cum eadem præsumitur: namq; si priori nihil est ademtum, posterior partem sibi asscriptam habebit ex altero asse, residuam assis eiusdem portionem sine parte scriptus feret: quod si priori ademta foret pars alteri data, sine parte scriptus assem consequeretur integrum: Quare cum in proposito caussa non subsit, propter quam necesse sit præsumi, testatorem à priore voluntate recessisse, præstat ipsius dispositionem potius saluam & integram seruari, quam solenniter expressæ voluntatis mutationem, quæ regulariter alioqui non præsumitur, & partis ademtionem induci. Por-
9 ro† de dupondio dicta, similiter etiam in tripondio, quatripondio, omniq; re deinceps locum sibi vendicant: quando namq; testator ad tripondium vel quatripondium transijt, nec tamen id impleuit, quod ei deest, ad scriptum sine parte procul dubio pertinebit, *d. l. Sabinus, ubi Dd. Donell. d. c. 22. §. restat.*

Ampl. V. Etiamsi quis asse toto 10
non distributo absque parte in codicillis instituatur, aut e diuerso quis in testamento sine parte instituatur, cæteris in codicillis minus asse distribuatur, non erit ambigendum, quin hoc tantum sine parte scriptus ex hæreditate habere debeat, quantum ex asse residuum mansit: nihil enim refert, in testamento quis ex parte vel sine parte sit institutus, an in codicillis, dummodo testamentum sese referat ad institutionem in codicillis absque vel cum partium assignatione factam, *l. asse toto, ubi Dd. ff. de hære. inst. t.*

Ampl. VI. in substitutione, vt post alios, quos allegat, recte censuit *Meno. h. de præsumt. lib. 4. tom. 1. præsumt. 18. num. 8.* Sed hic pro resolutione pleniore obseruandum, referre plurimum, soli cohæredes aut alij substituantur, an vero vtriq;. Cohæredes † enim soli quando substi- 11
tuuntur, planum est, sive testator omnibus in substitutione partes asscripsit, eos ex ijsdem in portione vel bonis eius, cui substituti sunt successuros, *l. 1. C. de impub. & al. subst. §. etsi ex disparib. inst. de vulg. subst. & vtrobiq. Dd.* Sive † quibusdam in substitutio- 12
ne partes asscripsit, quosdam sine parte substituit, ne tunc quidem ambigendum videtur, quin sine parte substituti residuum ferant, vel si totam deficientis portionem, aut impuberis patrimonium totum testator distribuerit, dimidiam portionis aut patrimonij partem cōsequi debeant. *per d. l. item quod & d. §. si plures, vers. & si plures, inst. de hæred. instit.* idque verum, etiamsi dispatibus ex partibus instituti fuerint, siquidem partes in in-

in institutione assignatæ tum demum in substitutione tacite repetitæ intelliguntur, cum in substitutione facta non est vllarum partium mentio, vt ait Imp. *l. 1. C. de impub. & al. subst. & §. etsi disparib. inst. de vulg. subst.* Quod si testatoris voluntatem spectes, certe nihil minus ei consentaneum, quam sine parte substitutos, ex ea parte, qua fuerunt instituti, substitutos intelligi, cum si tale quid voluisset, cœteris in substitutione partes non ita distribuisset, vt vel nulla, vel minor aut maior, quam quæ sine parte substitutis in institutione fuit assignata, pars superfit. Quid quod verisimile non est, testatorem in substitutione legalem distributionem transgredi, pluresq; vel pauciores, quam toto, in quo substituti successuri sunt, continentur, partes constituere voluisse, *l. si ita scriptum, §. vlt. l. qui non milit. §. filijs, ff. de hered. instit. l. cum quæstio, C. de lega.* Deniq; cum substitutio nihil aliud, quam institutio sit, illaque sub hac, vt species sub genere contineatur, *l. ex facto, §. Lucius, ff. de vulg. & pupill.* consequitur, ea quæ iure nostro de institutione partim sine, partim cum distributione partium facta disponuntur, etiam ad substitutionem similiter, vt in proposito, concepram pertinere, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præst.* Sive † illos absq; partium assi-
13 gnatione substituit, constat hic etiam, pro qua parte quisq; hæres extitit, pro ea parte in portionem deficientis eum vocari, *l. si in testamento, l. qui liberis, in fin. l sed si plures, in princ. l. si plures, ff. de vulg. & pup. l. 1. C. de impub. & al. subst. §. etsi disparib. instit. de vulg. subst.* ac proinde sicut vigore institutionis scripti cum partibus consequuntur portiones sibi assignatas, cœteri residuum, vel eo deficiente dimidiam totius hæreditatis, ita vigore substitutionis etiam illi pro rata partium assignatarum succedant, hi residuum, vel asse toto distributo, dimidium portionis, in qua sine partibus substituti sunt, consequuntur, seruata tamen congrua proportione secundum tradita in exerc. præced. nu. 16. nisi forte coniecturæ suppetant, è quibus non obscure colligatur, substitutos partibus æquis, aut alijs, quam ex quibus hæredes extiterunt, succedere oportere, *l. vtrum, §. vlt. ff. de reb. dub. l. quoties, cum l. seq. ff. ad Trebell.* Quid vero si testator aliquos tantum, non omnes cohæredes alicui substituerit, & quidem sine distributione partium? Crediderim, eos † existente substitutionis casu non 14
tam pro rata partium, ex quibus hæredes extiterunt, quam portionibus æquis successuros: tum, 1 quia *d. l. si in testamento,* & cœteræ sup. allegatæ, quibus astruitur, partes hæreditarias in substitutione tacite repetitas intelligi, cum primis requirere videntur, vt cohæredum quisque substitutus fuerit: quod requisitum, quoniam in proposito deficit, prætitaræ ll. in eo vendicare sibi locum vix possunt: Tum, 2. quia tacita partium in substitutione repetitio præsumitur ea de caussa, quod verisimile non est, testatorem pluris hæredes in substitutione fecisse, quam in institutione, in qua illis maiorem honorem habuit. *Donell. lib. 6. commen. de iure ciuil. c. 24. §. cum constabit,* potius illos eodem vtrobique fauore amoreque prosecutus esse creditur, *Dd. in d. l. 1. & in d. §. & si disparib.* At cum ex ijs aliquos duntaxat substituit, negari non potest, quod eos amore fauoreque maiore in substitutione prosecutus fuerit, quodque pluris tunc eos fecerit, quam in institutione, nec respectum habuerit ad partes institutionis. alioquin eos multo magis aut æque substituisset, quos maioribus vel non minoribus ex partibus instituit. Quare cum neminem substitutorum ratione partis maioris prætulerit, par ipsorum ex voluntate testatoris ipsorum conditio caussaque sit oportet. Tum, 3. quia cum hæredum aliqui modo substituuntur, necesse est, vt propria ipsorum nomina exprimantur, aut, quod in idem recidit, ea circumscri-

ptione siue demonstratione, quæ nominis vice fungitur, *l. certum, ff. si cert. pet.* denotentur, vt illos modo ad portionem deficientis vocatos esse liquido pateat, alioqui sub hæredum appellatione cœteros cohæredes oporteret intelligi substitutos: quoties autem pars hæredum nominatur, siue per æquipollens exprimitur in testamento, hæredes nuncupati pro virili parte honorati grauatiq; censentur, *l. turpia, §. si pars, l. si hæredes nominatim, ff. de legat. 1. l. nonnunquam, ff. ad Trebell. l. ita liber, ff. de statulib.* quia personarum enumeratio hunc effectũ habet, vt exæquentur in eo, quod disponitur, *d. l. si hæredes nominatim.* Tum, 4. quod sit regulare, nullis partibus nominatis, institutos aut substitutos ex æquis partibus succedere, *§. si plures, vers. satis enim, inst. de hær. inst.* cui cum sit eo saltem casu specialiter derogatum, quando quilibet hæredum est substitutus, specialis illa derogatio non erit ad casum extendenda nostrum, potius in eo regulæ jurique

15 communi standum. Cum † autem substituti non fuerunt instituti, tunc sicuti constat, eos æqualiter succedere, nisi disparibus ex partibus substituti sint, ita cum eorum nonnulli cum partibus, alij sine parte substituti sunt, sine dubio succedent illi ex partibus sibi assignatis, hi vero residuum ferent, aut asse toto distributo dimidium, *per d. l. item quod, & d. §. si plures.* Porro quando cum hæredibus alij quoque substituuntur, negari non potest, quin si partes omnibus attributæ sint, eæ inter illos omnimodo seruandæ sint, *l. Julianus, in fin. ff. de hæred. instit. juncta l. 1. C. de impub. & al. subst. Salic. in l. vlt. num. 7.*

16 *C. de impub.* Quod si † quidam certis ex partibus, nonnulli sine parte substituti sint, tum quoque decidendum videtur, illos partes in substitutione peculiariter assignatas consequi, hos residuum, vel eo deficiente assem alium patrimonij siue portionis, in qua substituuntur, *d. l. item quod Sabin. &*

17 *d. §. si plures.* Sed † hactenus hoc procedit, nisi testator ex ijsdem partibus, quibus instituerat, hæredes substituerit, insuper vnum aut plures antea non institutos in substitutione parte non assignata adjecerit: tunc enim quilibet eorum, qui præter hæredes substituti sunt, virilem consequitur portionem, computatis omnium, quotquot ex substitutione successuri sunt, personis: reliquarum vero portionum pro his partibus inter ipsos hæredes diuisio fit, quibus ex partibus hæredes extiterunt, *tex. ad hoc notabilis in l. qui complures, ff. de vulg. & pupill. & ibi not. per Dd.* Etenim hæredes licet verbis in substitutione testator conjunxerit, re tamen eos inuicem separauit atque disjunxit, nominatim repetendo partes, quas eis in institutione dispares assignauerat: Vnde fit, vt loco vnius haberi nequeant, proinde nec cœterorum quisque tantundem consequi debeat, quantum illi conjunctim, *argum. l. interdum, in princ. l. item quod Sabin. §. sed si asse, vers. nam etsi vnus, l. liber homo, §. Titius hæres, ff. de hære. instit. cum simil.* Rursus, quoniam testator partes in substitutione de nouo non assignauit, saltem in personis hæredum pristinas institutionis partes repetijt, nec id quidem alio fine, quam ne quis existimet, hæredes disparibus partibus institutos esse substitutos æqualiter propter adjectionem aliorum æque in substitutione succedentium: nequit expressa illa partium repetitio testatoris intentionem egredi, & eum, quem noua partium distributio, si cœteris absque parte substitutis, fuisset aliquibus tantum facta, foret habitura, sortiri effectum, vt propter eam cœteri ad residuum, eoque deficiente ad assem alium vocati intelligantur, & maiorem vel minorem virili portione partem consequantur. Quare cum testator æqualitatem successionis in substitutione non minus quam in institutione inter hæredes sublatam esse voluerit, neutiquam tamen eandem respectu extraneorum siue

quoad

quoad extraneos pariter ſubſtitutos ſuſtulerit, conſequitur, cum voluiſſe, ut ij quidē viriles omnimodo partes adipiſcantur, reliquæ autem inter hæredes pro rata partium hæreditariarum diſtribuantur, *per d. l. qui complures.*
18 At † cum teſtator nec hæredibus partes aſſcriptis, nec ei, quem una cum iis ſubſtituit, dimidium portionis deficientis, bonorumue impuberis pertinet ad hæredes coniunctim ſubſtitutos, & dimidium ad extraneum, *l. ſi pater filio, ubi Dd. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* cuius ratio non eſt obſcura, ſiquidem dum ſub communi hæredū appellatione citra partium repetitionem vel aſsignationem ſubſtituuntur, non verbis modo, nomineq; collectiuo, ſed & coniunguntur, *l. re coniuncti, ff. de lega. 3. l. triplici, ff. de verb. ſignif.* ac proinde reſpectu alterius nomine proprio vel demonſtratione, quæ nominis vice fungitur, denotati, ſiue ſit eadem, ſiue alia oratione ſubſtitutus, habentur loco unius, *l. plane, in princ. ff. de lega. 1.* & conſequenter non niſi tantundem adipiſci debēt, quantum ille ſolus, *l. interdum, in princ. l. item quod, §. ſed ſi eſſe, verſi. ul. nam etſi, l. liber homo, §. Titius hæres, ff. de hær. inſtitut.*
19 Hinc † vero ſimul inferre licet, ſi teſtator non unum, ſed plures nominib. eorum expreſsis ultra hæredes ſubſtituerit, eorum quem libet conſequi tantum debere, quantum hæredes coniunctim: tot enim in partes fieri diſtributionem oportet, quot ſubſtituti ſunt, hæredibus collectiue nuncupatis inter eos pro uno computatis, *l. ſi quis Titio, ff. de uſufr. accreſc. traditq; præ cæteris aperte Salicet. in l. ult. num. 7.*
20 *C. de impub. & al. ſubſtit.* Et † quoniam partes inſtitutionis inter ipſos hæredes ſubſtitutos tacite repetitæ intelliguntur, *l. 1. C. de impub. §. etſi diſparibus inſtit. de vulgari ſub.* merito reſponſum à Labeone, partis ad eos pertinentis diuiſionem inter ipſos fieri debere pro rata partium, quib. hæredes extiterunt. *l. ſi pater filio, ff. de vulg. & pup.* Nec obſtat, *l. qui complures, ff. d. t.* ubi hæredes cum aliis ſubſtituti propter repetitionē partium inſtitutionis diſparium pro coniunctis aut unius loco neutiquam habentur: illic enim teſtator nominatim ex iiſdem partibus, quibus inſtituerat, hæredes ſubſtituerat, & ſic eoſdem re diſiunxerat, viq; conſequentiis effecerat, ne reſpectu adiectorum unius perſonæ poteſtate fungi poſſent: cum è diuerſo in *d. l. ſi pater*, nulla proponatur á teſtatore partium eſſe facta mentio, ſed hæredes nominū reiq; complexu iungantur, eoq; nec mirum, ſi loco unius habeantur, quantumuis lex ob deficientem tali caſu teſtatoris prouiſionem ipſa prouiderit, ut partes inſtitutionis inter hæredes ex veriſimili voluntate teſtatoris etiam in ſubſtitutione ſeruari debeant. Non igitur in propoſito tanta taciti, quæ expreſsi vis eſſe poteſt ob rationem diuerſitatis manifeſtam: nec expreſsio eius, quod tacite ineſſe videtur, nihil operatur, cum, quia ſubſtitutioni tacite partes ineſſe intelliguntur ex voluntate, non ex iuris neceſsitate, quali caſu multum operari ſolet expreſsio taciti, *ſecundum Bart. & Dd. in l. 3. ff. de lega. 1. Bart. Caſtr. & alij in l. nonnunquam, ff. de condit. & demo.* tum etiam, quia non exprimuntur eo modo, quo tacite ineſſe videntur, ſiquidem ita dignoſcuntur ineſſe ſubſtitutioni, ut realem ſubſtitutorum hæredum coniunctionem non magis impediant, quam eæ partes, quas re coniuncti mutuo concurſu faciunt: Si vero exprimuntur, ſiue nominatim repetuntur, ut verbalis modo, non item realis, quæ partium præfinitionem excludunt, coniunctio ſubſit: & quoties aliter, quam ineſſe cenſetur, tacitum exprimitur, plurimum operari ſolet expreſsio, *ut notant Dd. in d. l. 3. & in d. l. nonnunquam.* Cæterum † deciſioni *d. l. ſi* 21
pater filio, locus non eſt primò, quando non minus hæredes, quam extranei propriis nominibus expreſsis ſubſtituuntur: tunc enim par eſt, ac volutati teſtatoris conſentaneum, ut quiſq; tam hæredum, quam extraneorum, portionem ferat virilem.

num. 6. ac præ cæteris etiam Duaren. ad ti. ff. de vulg. & pup. c. 15. vers. idem dicendum est. Quo fit, ut extraneorum quisque tunc non tantundem consequi valeat, quantum hæredes, sed contentus esse debeat virili portione computata secundum numerum omnium, quotquot ex substitutione successuræ sunt personarum, *text. ad hoc not. in d. l. ultim. & ibid. not. per Dd.* Ac licet relativum *quis* vel *qui* cum ad genus aliquod præcedens, vel nomen commune plura continens refertur, ut in *d. l. si pater*, distributiuæ particulæ vim habere dicatur, *Bartol. in l. 1. num. 28. ff. de condit. & demo. & in l. demonstratio, num. 6. ff. d. tit. Io. de Im. in l. si pater, nu. 2. ff. de vulg. & pup.* tamen hoc tum demum obtinet, cum relatiuum apponitur ad limitandum genus siue nomen commune, quia tunc effectum dispositionis distribuit inter eos, ad quos genus restringit: At cum relatiuum usurpatur, non ad limitandum, sed ad repetendum genus siue nomen commune, *ut in d. l. si pater*, referendi saltem, non autem distribuendi vim sortitur, *ut tradidit præ cæteris Francisc. Aret. in d. l. si pater, num. 2. quem sequitur ibid. Ias.*
25 *num. 9.* Verum si etsi constet in proposito extraneorum vnicuique virilem deberi portionem, dubitatur tamen de partibus quæ hæredibus obueniunt, viritimne siue æqualiter, an pro rata portionum hæreditariarum inter eos distribuendæ veniant: Æqualem enim seu virilem cuique portionem adiudicare videtur Imperator *in d. l. ultim.* cum è diuerso Caius *in l. si in testament. ff. de vulg. & pup.* pro ea parte quemlibet hæredum in portionem deficientis vocatum censeat, pro qua hæres extitit: Non quidem ICtus eam facti speciem tractat, qua extraneus cum hæredibus reperitur substitutus: Sed cum particula distributiua, quæ in casu *d. l. si in testament.* peræque repetitur usurpata, nequeat impedire, quo minus hæredes pro partibus hæreditariis vocati credantur, quando soli substituuntur, certe nec tum, quando cum extraneis substituuntur, poterit impedire, quo minus censeri debeant vocati pro partib. quib. hæredes extiterunt, quandoquidem huiusmodi distributioni inter hæredes nullatenus obstat nec officit extraneorum adiectio, *d. l. si pater, l. qui complures, ff. de vulg. & pup.* Obseruandum igitur, particulam *quisquis*, aliamue distributiuam, etsi coniunctionem, quam alioqui generale siue collectiuum nomen induceret, impediat, quia tamen in genere duntaxat personas hæredum inuicem discernit, in specie nullam demonstrat, tantam nequit habere vim, quantam peculiaris expressio nominum propriorum, eoq; nec efficere, ut disparib. ex partibus instituti in substitutione exæquati, & ad æquales partes vocati credantur: cuius porro consequens, ut hæredibus mediante particula distributiua substitutis etiamnum sibi vendicet locum regula, partes in institutione assignatas in substitutione tacite repetitas videri: qua de caussa Caius quemlibet ipsorum pro ea parte ad portionem deficientis vocatum respondit, pro qua hæres extitit: *Ita censuit Bartol. in d. l. si in testament. num. 2. cum quo transeunt ibid. reliqui: Sensit idem Ioan. de Imol. in d. l. si pater. numer. 2.* Sed cum nihilominus obstare videatur *d. l. ultim.* hæredi cuiq; virilem, nempe trientem, attribuens, pluribus visum, illic ideo unumquemque virilem consequi, quia pro virili etiam hæres quilibet extiterat, *glos. in l. qui complures, ubi Bartol. Castrens. num. 1. & Zasius num. 3. ff. de vulg. & pup. glos. in d. l. ultim. ubi Bal. num. 8. C. de impub. Bartol. in d. l. si pater, in fi. ubi Ioan. de Imol. numer. 2. Alexand. numer. 3. & post alios Zas. numer. 10.* quam tamen responsionem, quippe non omnino diuinationis expertem non immerito ratione duplici redarguit *Francisc. Aretin. in d. l. si pater*, rectius existimans, ideo quemque pro virili portione illic ad substitutionem vocatum intelligi, quod in una & eadem oratione substituti fuerunt hæredes & extraneus, qui

qui cum nequeat intelligi substitutus pro hæreditaria parte, & unica oratio siue determinatio respiciens plura determinanda, sic interpretanda veniat. ut sit uniformis, & æqualiter omnia determinet, *l. jam hoc jure, ff. de vulg. & pup. l. quamuis, C. de impub. & al. subst.* id quod hic fieri nō aliter potest, quam si tam hæredes inter sese, quam extraneus ad viriles vocati credantur, ab Imp. rectissime decisum, è tribus substitutis, quorum duo sunt hæredes, unumquemq; in trientem vocari. Cuius porro consequens, hęredes disparibus partibus institutos, quoties per particulam distributiuam una eademq; oratione cum extraneis substituuntur, non modo respectu extraneorum, verum etiam inter sese ad viriles portiones vocatos intelligi debere, in dubio una & eadem oratio diuerso jure censeatur, *Ita Fra. Arct. in d. l. si pater, n. 2. & in l. qui complures, ff. de vulg. & pup. & in d. l. ult. n. 2. C. de impub. & al. sub.*

26 Amp. VII. Procedit † enim regula prædicta, etiamsi institutio vel substitutio quorundam sine parte facta sit in testamentis priuilegiatis, paterno puta, vel militari: cum in eis diversum tali casu dispositum jure nostro minime reperiatur, & ratio propter quam ad residuum instituti sine parte vocantur, hîc vel maxime sibi locum vendicet, incertumq; sit alioqui futurum, ex qua parte instituti sine parte succedere debeant, deniq; testamenta quoq; militaria, licet maxima præ cœteris habeant priuilegia, tamen subiaceant juris communis interpretationi fundatæ superconiecturis non extrinsecus à lege sola consideratis, siue subtilitate quadam rigoreq; juris inductis, sed verisimili testatoris voluntate subnixis, *l. in testamento, 6. C. de test. milit. l. precib. C. de impub. & al. subst. l. centurio, ff. de vulg. & pup. Ias. in l. 2. nu. 32. ff. d. t. Viglius in pr. n. 17. inst. de pup. subst. Men. de præs. lib. 4. tom. 1. præsu. 14.*

Limitatur eadem primò in casu *l. si ita scriptum, §. 1. ff. de hered. institution.* de cuius sententia superius luculenter actum.

27 Limit. 2. quando † testator assem quidem non expleuit, putauit tamen integrum esse distributum, puta, si jam mortuo quadrantem, alii dodrantem asscripserit, tertiū sine parte instituerit: quamuis enim institutio mortui, & consequenter assignatio partis ei facta, ipso jure fuerit ab initio nulla, vt in effectu perinde sit, ac si nec institutus, nec ei pars assignata fuisset, tamen cum testator eundem viuere crediderit, & sic partem assis nullam vacare certò sibi persuasum habuerit, ac nihilominus aliquem sine parte instituerit, euidenter hinc depræhenditur ipsius voluntas, quod ea mente sine parte scriptum instituerit, ut assem is altum adipiscatur, *tex. in l. quo loco, §. si jam mortuo, ubi gl. & Dd. ff. de hær. inst. Mins. in §. partib. autem, ubi cæteri, inst. de hær. inst.*

28 Limit. 3. Quando † testator vacua parte relicta sic instituit: *Si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres esto*: qualem facti speciem post Pomponium & Arrianum refert Vlpianus in *l. ex facto etiam, ff. de hær. institut.* Constat hîc inter omnes, Seium in conditione positum non admitti ad portionem vacantem, nempe quia non fuerat institutus, vt Vlpianus ipse commemorat, & conditio, *si Seius heres non erit*, nihil minus inducere potest, quam institutionem Seij, quam fieri verbis ciuilibus ac directis, *l. 1. ff. de hær. inst. & apud Vlpian. t. 21. quomodo heres institui debeat*, certe dispositiuis oportuisset, *l. quoniam indignum, ubi Dd. C. de test.* cum nec hodie quidem verba conditionalia sufficiant inducendæ institutioni, *l. si quis ita heres, ff. de hær. inst. l. si quis eum, in fi. ff. de vulg. & pup. l. si quis sub conditione, ff. si quis omissa causa testam.* Sed de Sempronio sub conditione, *si Seius heres non erit*, instituto dubitatur, an is occupare possit vacantem portionem. Et Accursius quidem in *d. l. ex facto*, contendit, eum ad assis residuum, ut sine parte scriptū, esse admittendum, *quem sequuntur ibi.*

Bart.

Bart. Bald. Ion. de Imola Castrens. & alij, moti scilicet ea ratione, quia certum est, conditionem sub qua fuit institutus, existere, adeoque talem esse, quę non posit non existere. Sed horum sententia licet communis, tuta non est: Supponunt enim in *d. l. ex facto*, de Seio quæri, an sit admittendus ad vacuam portionem: in quo falli videntur. Repugnat enim isthæc interpretatio siue intellectꝰ contextui, in quo ICtus quæstionem propositurus vsurpat pronomen *hic*, quod ad proximum, nempe Sempronium, non autem ad remotiorem, videlicet Seium, esse referendum, nemo Latini sermonis gnarus negauerit. Accedit, quod secundum communem interpretationem quæstio *d. l. ex facto*, foret expers omnis dubitationis, quam tamen inter priscos ICtos apprime controuersam fuisse, Vlpianus indicat. Et quis crediderit, Pegasum Proculianorum coryphœum tam juris imperitum fuisse, vt verbis conditionalibus, *si hæres non erit*, institutionem recte fieri censeret, cum præsertim illius tempore verborum ciuilium siue directorũ solennitas institutioni esset usq; adeo necessaria, ut illa institutio, *hæredem instituo, heredem facio*, plerisque improbaretur, Vlpiano teste, *titul. quemadm. hæres institui deb.* Quin etiam ratione refelluntur, quæ Aristonem cœterosque mouit, ut à Pegaso dissentirent, nempe, quod huic pars esset data, quæ nulla esset. Nam de Seio intellecta vix posset esse vera: Supponit enim Vlpianus, vacare partem, ad quam Seius, quoniam pars ei non est assignata, secundum regulam *d. l. item quod Sab.* supra relatam, crederetur esse vocatus à testatore, dummodo alias valere posset ipsius institutio. Ac si maxime concederetur, de Seio verum esse, quod sit ei data pars, quæ nulla est, quia tamen genuina principalis, ac potissima ratio, propter quam Seius ad partem vacantem non deberet admitti, non alia foret, quam defectus institutionis, inepti fuissent ICti, qui hac temere neglecta iique posthabita, in ratione secundaria minus euidenti suæ assertionis fundamentum constituissent. Quæ cum ita sese habeant, veriorem arbitror eorũ sententiam, qui in *d. l. ex facto*, de Sempronio quæsitum atq; responsum esse censent, & substitutum sub conditione, *si Seius hæres non erit*, non magis quam Seium in conditione positum, ad portionem vacantem admittendum esse statuunt, ut ex antiquiorib. aliquos tenuisse refert *Accurs. in d. l. ex fact. & ex recentiorib. asserunt Cuiac. ibid. Anton. Faber lib. coniectur. c. 20.* Quamuis enim negari vix posit, extitisse conditionem, sub qua Sempronius fuit institutus, quæ ratio tanti fuit apud Pegasum, prout etiam apud interpretes nostros, ut propter eam Sempronio portionem vacantem adiudicarent: quo minus tamen Sempronius admitti posit, illud efficit, quod appositione conditionis, *si Seius hæres non erit*, nihil aliud a testatore actum censeri potest, quam ut in adipiscenda hæreditatis parte residua, (alias enim aliis prius assignatas respicere minime potuit,) potior Seij, quam Sempronij, quippe quem illi postposuit, nec nisi in subsidium illo deficiente vocauit, caussa sit, nec ad hunc ex institutione conditionali perueniat, quod non ad illum ex dispositione testamentaria pertinnerit siue peruenire potuerit; alioqui Sempronio conditionem eiusmodi non præstituisset, quam frustra & inutiliter adiectam esse, nec rationi juris, nec voluntati testatoris est consentaneum. Constat autem ad Seium, quoniam non fuit institutus, ne quidem portionem adhuc vacantem vllatenus ex testamento pertinuisse: quare nec ea pertinere potest ad Sempronium, cui pars data non est, nisi quæ ad Seium potiore succedendi caussa vigore prælationis in conditione factæ subnixum pertinuisse dignoscitur: ea vero nulla est. Sicut ergo, si testator nominatim sub commemoratione paris Seio datæ instituisset, hisce

hisce puta verbis. *Ex qua parte Seium haredem scripsi, si is hæres non erit, Sempronius hæres esto*, dubium non est, quin Seio nulla ex parte instituto, nec Sempronius censeri possit institutus, *l. 2. ubi Dd. ff. de hær. inst.* ita cum in casu *d. l. ex facto*, Sempronius non quidem verbis expressis tacite tamen, viq; ipsa duntaxat ex parte ad Seium pertinẽte, si is hęres non erit, fuerit institutus, & ad Seium, quippe non institutum, sed in conditione modo nominatum, pars nulla pertinuerit, ambigendum non est, Sempronium non esse institutum, nec portionem occupare posse vacantem, in qua procul dubio foret vtiliter institutus, nisi ex apposita conditione appareret, eam esse partẽ ipsi datam, quæ nulla est. Excluso igitur utroq; tam Sempronio, quam Seio, nihil aliud restat, quam ut portio vacans iis, quibus aliæ partes assignatæ sunt, pro rata accrescat, *l. interdum, § pater, ff. de hær. instit. §. videamus, inst. d. t.*

29 Limit 4. Quando † non institutus habetur à lege pro instituto, ut unà cum hæredibus institutis ad successionem admittatur, prout vsuuenit in casu *l. si mater, C. de inoff. test.* tunc enim virilem ille consequitur portionem, etiamsi as integer inter institutos non sit distributus, *ut sensit in d. l. si mater, post gl. Bart. n. 2. & 3. Bald. n. 4. Cast. nu. 6. Salic. nu. 2. & alij. Joan. de Imol. in l. item quod Sabin. nu. 4. vers. extra gl. ubi Castre. nu. 6. ff. de hær. instit. Mins. in §. partibus autem, inst de hær. inst.* quæ sententia probatur tam per tex. *d. l. si mater*, virilem ei portionem attribuentis, quã euidenti ratione, quia cum testator ipse asse toto non distributo quem sine parte instituit, clare est ipsius voluntas, qua vocat eum ad residuum, cum simplex & indefinita institutio hæredis absque parte scripti, satis per id, quod ex hæreditate residuum est, determinetur, ut superuacuum duxerit esse testator, eum nominatim in residuo instituere, nec in dubio testator legalem distributionem transgressus esse, vel assem excessisse præsumatur: at cum non institutus habetur à lege pro instituto deficit huiusmodi voluntas, quandoquidem, testatrix minus esse distribuens, nec tamen quenquam sine parte instituens, censeri non potest voluisse, ut in portione vacante succedat is, quem non instituit: Proinde cum portio vacans ei non possit intelligi relicta, lex tamen eum ad successionem cum institutis admittat, perinde ac si fuisset institutus, & cœteri viriles partes consecuturi fuerint, nisi testamentaria dispositione successionis æqualitas inter eos esset sublata, quæ respectu eius, qui non est institutus, à lege dũtaxat pro instituto habetur, sublata esse nequit, nihil aliud restat, quam ut pro uirili succedere debeat, idq; vel eo magis, cum in casu *d. l. si mater*, is qui pro instituto habetur, virilem portionem ab intestato foret habiturus, nisi testamentum in viridi remaneret obseruantia. Et hactenus de priore.

Altero † autem casu, quando nihil assi deest, sed testator totum inter hæredes certis partibus institutos distribuit, sine parte institutus ad assem alterum vocatus intelligitur, *d. l. saepe quod, §. sed si asse, ubi Dd. ff. de hær. inst. l. Lucius, 53. l. quod si non, 79. ff. d. t. l. ult. ff. de bonor. poss. contra tab. §. si plures, vers. si vero totus, & ibi d. Dd. instit. d. t. Duaren. ad t. ff. de hære. inst. c. 3. v. quid si totus, Hotom. lib. 8. obseruat. c. 2. Donell. lib. 6. commen. de jure ciu. c. 22. verb. restat tertia, qui rationem huius regulæ eleganti inductione ostendit, Ant. Fab. lib. 5. coniect. c. 20. in pr.* 30

Ampl. I. Nihil † enim interest, quo loco scribatur hæres sine parte, utrum primo, an medio, vel nouissimo: semper enim asse inter alios distributo in alium assem veniet, *l. quo loco, ubi Dd. l. qui non milit. §. filiis, ff. de hæred. institution. d. §. si plures, v. nec interest, ubi Dd.* 31

Ampl. II. Nam † si dubium sit, utrum asse toto distributo sine parte scriptus primo, an secundo vel tertio gradu sit hæres institutus, censetur potius gradu primo institutus, & consequen- 32

sequenter ad assem alium vocatus, quam substitutus, *per tex. ad huc notabilem in d. l. Lucius, ubi notant hoc ipsum Bald. Ioan. de Imol. & reliqui.* Etenim in testamentis pleniorem voluntates testantium, ac præsertim institutiones, merentur interpretationem, vt illa, per quam ij, de quibus controuertitur, admittuntur, semper in dubio sit ei præferenda, per quam iidem excluduntur, *l. in testam. ff. de regul. iur. c. cum dilectis, de donat.*

Ampl. III. in substitutione, & IV. in institutione facta in testamentis priuilegiatis, *vt paulo ante in ampl. 6. & 7. ostensum.*

33 Ampl. V. in dupondio expleto: Sicut enim asse toto distributo, insuper aliquo sine parte instituto, testator hæreditatem suam in duos asses diuisisse sive dupondium constituisse creditur, quo ad assem reducto, semissem scripti certis ex partibus consequuntur, alterum semissem sine parte scriptus obtinet: ita si toto dupondio distributo sine parte quis instituitur, dubium non est, quin testator hæreditatem suam distribuerit in tres asses, atque tripondium constituerit, ex quo cum dupondium integrum debeatur institutis ex certis partibus, quippe inter eos distributum, quod superest, ad scriptum sine parte pertineat, fit, vt tripondio ad assem reducto, illis duo trientes sive bes, huic triens obveniat: qua de caussa eum in trientem venire, respondit post Labeonem, Aristonem & Aulum Vlpianus in *d. l. item quod Sabin. §. vltim. per quem tex. sensit hoc ipsum ibid. gloss. Rayn. Bald. Ioan. de Imol. num. 1. Castrens. num. 4. & reliqui, ac nouissime Cuiac. Theophil. in paraphrasi ad tit. inst. de hered. instit. vbi in §. videamus, idem post alios tradiderunt Viglius num. 3. & VVesenb. num. 3. Duaren. a. t. ff. de hered. instit. c. 3. versic. deinde quaritur, Anton. Faber lib. 5. coniectur. c. 20.* Verum dissentit à cœteris hac in parte *Hotom. in d. §. videamus, & lib. 8. obseruat. c. 2.* existimans apud Vlpianum pro *trientem* legendum esse *tressem* vel *tripondium*, ac trium assium sive tripondij dimidiam partem his, quibus partes ascriptæ sunt, alteram dimidiam sine parte scripto esse attribuendam, quippe quem neget Vlpianus in alium assem venire. Sed Hotomanni sententiam eruditissime refellit, vulgoque receptam defendit *Anton. Faber loc. rel. qui videatur.* Quod si ponas tripondium fuisse distributum, sine parte scriptus quadrantem totius hæreditatis habebit, nempe quia testator quatripondium sive quatuor hæreditatis asses constituit, e quibus tres hæredibus ex parte scriptis obueniunt, quartus absq; parte instituto debetur. Similiter quatripondio distributo sine parte institutus quintam totius hæreditatis partem consequetur, & ita deinceps.

Porro regula nostra declaranda primò: quando asse distributo 34 plures instituuntur sine parte, non ad singulos asses ij censentur vocati, sed in vnum assem veniunt, inter ipsos ex æquo diuidendum, *d. l. item quod Sabin. §. sed si asse, vers. sed si expleto, vbi Dd. d. l. Lucius Titius Seio, ff. de hared. instit. §. si plures vers. si verò totus, & ibid. Dd. instit. d. t.* idque verum, etiamsi non vna oratione coniunctim sint instituti, sed quilibet eorum separatim, & oratione diuersa, *vt recte præ cœteris annotarunt Castrens. in d. l. item quod, num. 8. & ibid. Ioan. de Imol. num. 4. in fin.* cum textus *d. l. item quod, & d. §. si plures*, generaliter & indistincte loquantur, omnique catere dubitatione videantur, si de coniunctim institutis, quippe vnius personæ potestate fungentibus duntaxat intelligantur, nec iure nostro quo ad partes institutionis quicquam interfit, eadem vel diuersis orationibus plures hæredes absque partibus instituantur, quando non ex ijs aliqui coniunctim instituuntur, *l. cum in testamento, §. hæc verba, l. hæredes sine, l. si ita quis hæredes, ff. de hered. instit.* Denique si rationem quæras, cur sine parte scriptus in alium assem veniat,

niat, ipsa rei necessitas tale quid exigit. Certum est enim, quod testator eum non minus, quam alios, jusserit & voluerit hæredem esse: nec potest hæres esse, nisi vel ex altero asse, vel eius aliqua parte, quippe asse priore toto inter alios distributo: Pars assis ei data dici nequit, quia nec vlla verbis est expressa, nec ex verbis colligi potest. Ergo ex altero asse sit hæres oportet. At non subest vlla necessitas præter assem distributum inducendi totidem asses, quot sunt hæredes absque parte scripti diuersis orationibus, cum non minus in vno asse præter eum, qui distributus est, inducto, omnes succedere testatori queant, quam cum vna oratione sine parte instituti sunt. Proinde nec rationi juris, nec voluntati testatoris congruit, eorum quemlibet ad assem peculiarem vocatum intelligi.

35 Limit. II. in eo, qui non est institutus, verum ex dispositione legis habetur pro instituto: hic enim asse toto inter institutos distributo nihilominus pro virili succedit, per *l. similiter, vbi gl. & Dd. C. de inoff. testa. & tradita superius lim. I. 4.*

Limit. III. in eo, qui asse expleto instituitur ex ea parte, quæ vere nulla est, puta, si testator eum instituerit ex parte reliqua, siue residua, seu vacante, quia cum nihil reliquum sit asse toto distributo, nec pars vlla vacet, attamen testator eum non nisi in vacante siue residua parte instituerit, consequitur, ipsum omnino non hæredem futurum, qui non ex vlla parte reperitur aut intelligi potest institutus, *d. l. item quod Sabin. §. sed si asse, vbi Dd. ff. de hered. instit. Donell. lib. 6. commen. de jure ciuil. c. 22. in fin. Anton. Faber lib. 5. conjec. c. 20. prope fin.* Ita si testator dixerit: *Ex parte Seio data,* siue, *quam Seio asscripsi, hæres esto,* nullatenus hæres esse poterit, quando nulla Seio pars data reperitur, nec vlla est asscripta, quoniam eiusmodi pars ei fuit assignata, quæ nulla est, *l. 2. vbi Dd. & d. l. item quod, §. sed si asse, & l. ex facto etiam, ff. de here. inst. Duaren. ad d. l. c. 3. vers. superius disseruimus.* 36

EXERCITATIO VIGESIMASECVNDA.

De fructibus ab eo, qui bona fide possedit, perceptis, postquam rescivit, esse rem alienam.

SVMMARIA.

1. *Possessor quandiu est bonæ fidei, fructus ex re perceptos absq; dubio suos facit.*
2. *Reycitur eorum sententia, qui in* l. bonæ fidei, §. 1. ff. de acquir. rer. domin. *legunt,* non puto verendum, ne non sit, &c. *vel à Paulo Pomponij sententiam probari negant.*
3. *Refellitur Accursij & asseclarum conciliatio.*
4. *Cuiacij sententia reprobatur.*
5. *Vulteij distinctio recensetur & remouetur.*
6. *Repudiatur alia Lorioti, Donelli & Pacij conciliatio.*
7. *Negatur, à Iuliano dissensisse reliquos ICtos.*
8. *Possessor ab eo tempore, quo sciuit esse rem alienam, fructus non amplius facit suos.*
9. *Nisi post operam omnem productioni fructuum industrialium tempore bonæ fidei adhibitam superuenerit mala fides ante perceptionem.*
10. *Dominus rem cum fructibus adhuc stantibus, à quolibet possessore, etiam bonæ fidei, potest euincere.*
11. *Diuersitatis ratio inter industriales & cæteros fructus.*

12. *Decla-*

12. *Declaratur versic. vltimus in* l. qui scit, §. vlt. ff. de vsuris.

13. *Antonij Fabri conjectura ad* l. qui bona, §. 1. ff. de acquir. rer. dom. *redarguitur.*

1 Vm bonæ fidei possessori postea mala fides superuenit, non est dubium, quin fructus ex re perceptos eo tempore, quo bona fide possedit, suos fecerit, *l. qui bona, 23. §. 1. l. bonæ fidei, 48. ff. de acquiren. rerum dominio.* At propter ICtorum responsa, quæ videntur invicem repugnare, nimis intricatum, an postquam cognouit, alienam rem esse, fructus deinceps perceptos suos faciat? Ait Iulianus *l. qui scit, 25. §. vlt. ff. de vsur.* negat Paulus *d. l. bonæ fidei,*
2 *§. 1.* cuius in responso † qui legendum censent, *non puto verendum, ne non sit bonæ fidei possessor*, vel arbitrantur, Paulum recensere Pomponij sententiam, quam nec probet, nec improbet, & quid ipse velit, non explicet, perspicue refelluntur non ex eo tantum, quod Paulus illam subjecta ratione confirmat, non facturus nisi approbaret, sed vel maxime, quia Pomponio Pauloque suffragatur Vlpianus *d. l. qui bona, 23. §. 1.* & ante ipsos idem tradidisse videtur Africanus *l. quæsitum, 40. ff. de acquiren. rer.*
3 *domin.* Accursius † antinomiarum vetus & studiosissimus conciliator *in d. l. qui scit, §. vlt.* tantæ difficultati succurrere nititur asserendo, fructus, postquam resciuit rem esse alienam, perceptos possessorem suos facere secundum *d. l. qui scit, §. vlt.* non tamen absolute & perfecte, cum illos euicta re teneatur domino restituere, si adhuc extent, *l. certum, C. de rei vendic.* secundum quam sit accipienda *d. l. bonæ fidei, §. 1.* Ei subscribunt interpretum plurimi, etiam ex recentioribus *Charondas lib. 1. verisimil. cap. 7. & Cuiac. ad African. tract. 7. in l. quæsitum, ff. de acquir. rer. dom.* qui tamen in eo dissentit, cum concludere videtur, non extantos modo, sed quotquot post superuenientem alienæ rei scientiam percepti sunt, esse restituendos, vt hic inspecto exitu fineq; judicij, censeantur ei non acquiriti, *d. l. bonæ fidei, §. 1.* Neutris accedere possum, partim textibus ipsis de quibus agitur, partim quoq; ratione permotus. Nam quod arbitrantur, fructus tempore malæ fidei perceptos fieri possidentis, euertitur per *d. l. bonæ fidei, §. 1. d. l. qui bona, §. 1. d. l. quæsitum*, manifeste contrarium astruentes, quas in alienum sensum verbis minime congruentem detorquere sine absurditate non licet. Quorsum ICti malam fidem possessori superuenientem tantopere ponderarent, si non inhiberet ea, quo minus possidenti fructus acquirantur, eiusve dominio subijciantur? An recte Pomponius, eumq; secutus Paulus perceptionem fructuum ab vsucapione tam studiose discreuisset, quas toto tempore, antequam res euincatur, omnimodo conuenire, ac per illam fructus etiam tempore malæ fidei, prout ipsam rem per hanc, possidentis dominio subijci, statuendum sit? Africanus in hærede bonæ fidei possessoris loquitur, qui cum bonæ fidei, quo tempore possedit, nunquam fuerit, ad acquirendos fructus defuncti bona fides ei prodesse vix potest, cum sit facti, *d. l. bonæ fidei, §. 1.* hæres autem successor juris, *l. nihil est aliud, 24. ff. de verb. sign.* Nec juris ratio permittit, possidentem, postquam superuenit ei mala fides, acquirere fructus, cum ciuili nunquam non desideret bonam fidem, vt parui referat eo jure, ab initio quis in re dolose versatus sit, an hoc postea facere cœperit, *l. item veniunt, 20. §. pet. tam, l. sed etsi, 25. §. de eo, ff. de pet. hær.* naturale vero, cui merito primas hac in parte deferimus, à quo fructuum acquisitio tota dependet, *§. si quis à non domino, inst. de rer. diuisio.* id modo judicet æquum, vt possessor emolumentum rei tam diu acquirat, quamdiu justo

ductus errore tum eandem pro sua possedit, tum eius curam sedulam, non minus vt aliorum bonorum suorum habuit, *d.§.si quis à non dom.l.secundum naturam, 10. ff. de regul. jur.* Quam primum superuenit alienæ rei notitia, cessat illa ratio naturalis, quæ dominium fructuum possidenti tribuit, vt eorum acquisitioni jure gentium subnixæ locus amplius non relinquatur, *per d. §. si quis à non domino.* Dum vero fructus euicta re domino restituendos, aiunt, recte quidem sentiunt: Quod ob restitutionem illam, vel potius dationem siue translationem dominij fructuum, *l. si eius fundi, 78. ff. de rei vendic.* atq; adeo inspecto exitu fineq; judicij contendunt in adductis responsis negari, à tempore malæ fidei superuenientis possessorem fructus suos facere, quos attenta rei veritate suos ante restitutionem fecerit, plane tum legibus ipsis, tum naturali rationi aduersatur. Non de restitutione, sed acquisitione fructuum rei etiamnum possessæ quæritur illic, vt si de illa vel illius intuitu respondissent, extra quæstionem & vitiose responsuri fuerint. Sed & ICti restitutionis ne quidem verbo vspiam meminerunt, cuius respectu si negassent, eam silentio tanto non præteriissent. Et quæso, qua ratione persuadebunt, ICtos protulisse toties contrarium eius, quod reuera aliter sese haberet, aut verbis eos aliud expressisse, aliud sensisse? cum non sit existimandum, quenquam dixisse, quod non senserit, *l. Labeo, 7. §. 2. illic, id Tubero, ff. de supell. lega.* Sane cum Paulus in principio suæ legis, emtorem ratione bonæ fidei fructus interim, hoc est, dum res non euincitur, facere suos asserat: in contrarium vero, postquam cognouit, rem alienam esse, cum Pomponio concludat, possessorem nō amplius esse bonæ fidei: isthoc certe casu, nec interim fructus eum facere suos, omnino fatendum erit. Cum vero ratione & respectu temporis ante euictionem disponat, vtriq; non exitum finemq; judicij respexit, nec quatenus restituendi fructus veniant, acquisitionem negare potuit. Quid ratiocinationem eiusdem ICti memorem, qui cum acquisitionem fructuum ita bonæ fidei jure nostro annexam doceat, vt hac remota protinus illa desinat: ad factum pertinere tradit, vtrum quis bonæ fidei sit, vel malæ fidei, non ad jus, quod efficere nulla ratione potest, vt qui ignorat, rem esse alienam, sit malæ fidei. & qui cognouit alienam esse, sit bonæ fidei, cum habere malam fidem nihil aliud importet, quam nosse, rem esse alienam, *d. l. bonæ fidei, §. 1.* eoq; relinquit euidenter inde colligendū, simul atq; superuenit alienæ rei notitia, possidentē fructus non amplius facere suos, & quidē ratione malæ fidei, non restitutionis acquisitionem fructuum interim vere factam nō nisi post euictionē reuocantis. Discrimen, quæso, nunquid vllum restabit inter bonæ fidei possessorem, & alterum, qui diu ante euictionem resciuit, esse rem alienam, si credamus Accursio? Certe nullū. Tenetur ille non minus, quam hic ad restitutionem fructuum perceptorum quidem, sed adhuc extantium tempore litis contestatæ, *l. certum, C. de rei vend. l. si eius, 78. ff. de rei vendic.* cuius respectu si negetur hic subjecisse domino suo fructus, idem negetur de illo necesse est: Quod est absurdum, siquidē hunc ab illo non modo quam maxime separari legibus in principio adductis, sed & semper inculcari videas, bonæ fidei possessorem fructus facere suos, *§. si quis à non domino, inst. de rerum diuis. l. in pecudum, 27. d. l. qui scit, §. 1. ff. de vsur. d. l. bonæ fidei, d. l. quæsitum, l. 4. §. lana, ff. de vsurp. & vsucap.* Hanc † absurditatem dum Cuiacius effugere conatur sentiendo, in restitutione rationem haberi fructuum, quotquot post superuenientem malam fidem percepti docentur, in aliam forte non minorem incidit. Parem vel potius eandem hac ratione facit conditionem possessoris huius à tempore malæ fidei, quæ est possessoris ab initio protinus in mala fide cōstituti, 4

qui

qui cum toto possessionis tempore malam fidem habuerit, ad omnes in rei restitutione fructus præstandos condemnatur, *d. §. si quis à non dom. §. illorum autem instit. de offic. judic. d. l. certum, l. Julianus, 17. l. si nanus, 62. ff. de rei vendic.* vti alter ab eo tempore, quo alienæ rei notitia supervenit, ad omnes itidem fructus ob malam fidem, quæ suberat, condemnandus venit, *d. l. bonæ fidei, d. l. quæsitum, d. l. qui bona.* Atqui malæ fidei possessor omnium fructuum restitutioni obnoxius, tum ob malam fidem protinus ab initio subsistentem; tum quia fructus interim suos non fecit, *d. §. si quis à non dom.* Igitur iisdem de causis præstatione fructuum vniversorum possessorem ab eo tempore, quo rem esse alienam rescivit, gravari fateatur oportet. Vnde veritati minus consonum sit necesse est, quod nihilominus asstruit, nec tamen caussam assertionis ostendit, eundem fructus fecisse suos, vsque dum res euicta fuit. Quod si dixerit, eum fructus interim suos facere, quia percipit illos, donec euicta res fuerit, vtique in malæ fidei possessore, qui fructuum perceptione peræque gaudet ante rei restitutionem, admittere similiter id cogetur: quo vix quicquam gravius repugnat legibus, acquisitionem dominij fructuum semper malæ fidei possessori denegantibus. An vero bonæ fidei possessor judicio conventus, plerumque justam litigandi caussam habens, qui non tam vere, quam juris fictione quapiam possidere mala fide censetur, post litis contestationem non modo fructus domino suo non amplius subijciet, sed ad eos etiam, quos percipere poterat, tenebitur, *l. 2. C. de fructib. & lit. expens. l. sed etsi, §. si ante, ff. de rei vendic. l. præterea, 20. l. ex diverso, 35. ff. de rei vendic. l. 4. §. post litem, ff. finium regund. d. l. certum, C. de rei vendic. §. & si hæreditas, vers. post inchoatem, inst. de offic. judic.* qui pridem ante euictionem cognouit, alienum se possidere; qui vere cœpit esse malæ fidei, fructus etiamnum suos faciet? Quid dictæ *l. qui scit, §. vlt.* respondebit. quæ tum fructus mala fide superveniente perceptos possidentis dominio subijcit. & quod huius consequens est, à consumtorum præstatione liberat, *per d. §. si quis à non dom. & simil.* tum eundem adhuc pro bonæ fidei possessore quo ad fructus illos haberi vult. Paulo † aliter illa ICtorum responsa componit Hermannus Vulteius *lib. scholastic. disceptat. c. 20.* Distinguit enim inter perceptionem & consumtionem, & cognoscenti rem esse alienam, jus fructus percipiendi tam diu, quam diu in possessione rei est, hoc est, quamdiu res euicta non est, tribuit, vt hoc respectu non intelligatur esse factus malæ fidei possessor, *d. l. qui scit, §. vlt.* Quod autem jus fructus perceptos suos faciendi sive consumendi attinet, censet eum non esse pro malæ fidei possessore habendum, quo vsq; lis contestata fuerit, ab ipsa vero contestata talem esse factum existimari propter præstationem fructuum ab eo tempore indistincte restituendorum, *d. l. certum, C. de rei vend.* Sed hæc viri doctissimi distinctio, meo quidem judicio difficultatem vix tollit. Nam & possessori malæ fidei, quamdiu est in possessione rei, non minus quam bonæ fidei possessori, competit facultas percipiendi fructus, vsque adeo, vt imputetur illi, si fructus, quos percipere potuit, non percepit, *l. domum, C. de rei vendic. l. 2. C. de fructib. & lit. expens.* Quare frustratorium fuerit, perceptionis fructuum gratia, quem censeri bonæ fidei possessorem, donec res euicta fuerit. Iuliani autem responsum *in d. §. vlt.* licet eo in verba *quo ad percipiendos fructus*, nominatim vsurpata legantur, tamen de nuda facultate percipiendi fructus intelligi sine absurditate vix potest. Est enim quæstio de fructibus à possessore, cum adhuc esset bonæ fidei, satis, verum eos postquam cognouit fundum alienum esse, percipiendo suos faciat? Inepta

& impertinens ICti responsio foret, si neglecta & penitus omissa quæstione proposita, de fructuum perceptione, quam nominatim præsupposuerat, responderet. Quorsum vero requirit ICtus, vt bonæ fidei emtor quoad fructus percipiendos intelligatur vsq; ad euictionem? Nonne vt inde certa consequentia liceat inferre decisionem propositæ quæstionis, emtorem fructus illos percipiendo suos facere? Quod cum inde necessario consequi, per sese cuiq; vel mediocriter in jure versato sit manifestum, id peculiariter exprimendo subijcere Iulianus omnino superuacuum duxit. Nec ex quæstione modo, subjectaq; responsione, sed & ex vers. seq. *nam & seruus*, abunde liquet, ICtum non de nudo quopiam percipiendi jure, sed de jure faciendi fructus suos eo loci agere, siquidem acquisitionis meminit, quæ rebus applicata corporalibus, non solius detentionis aut possessionis, sed inprimis ipsius dominij adeptionem importat, propriaq; significatione denotat, *toto tit. inst. per quas person. cuiq; acq. l. acquiruntur, 10. d. l. qui bona, & passim t. t. ff. de acqui. rer. dom.* Quod vero jus faciendi fructus perceptos suos ei qui cognouit alienam se rem possidere tribuit ad litem vsq; contestatam, in eo videtur contradicere Paulo & Pomponio *in d. l. bona fidei, ff. de acquir. rer. dom.* qui censent, eum qui cognouit rem esse alienam, non esse bonæ fidei possessorem, nec fructus suos facere: nec non Vlpiano *in d. l. qui bona*, clare decidenti, in eo, qui bona fide seruum emit, quem postea cognouit alienum esse, quo ad ea, quæ seruus ex re possessoris aut operis suis acquirit, (de quibus idem omnino, quod de fructibus bonæ fidei possessori acquirendis judicium siue jus esse Africanus testatur *l. quæsitum, 40. ff. de acquir. rer. domin.*) non initium possessionis, sed singula momenta esse spectanda. Quocirca fieri nequit, vt possessori, postquam resciuit, alienam esse rem, jus acquirendi seu fructus suos faciendi regulariter vsque ad litem quandocunque postea contestatam competat. Non † 5
desunt concedentes, eum qui postea rescIscendo rem esse alienam cœpit mala fide possidere, non amplius fructus facere suos, *d. l. bona fides, d. l. quæsitum.* Sed quoniam in dubio quis malæ fidei possessor non intelligitur, antequam fundus euincatur, cum mala fides non præsumatur, *l. merito, ff. pro soc. l. penult. C. de euiction.* arbitrantur ea de caussa jure merito Iulianum respondisse, bonæ fidei emtorem intelligi quoad fructus percipiendos, suoque dominio subijciendos, donec res euicta fuerit, *Loriot. in l. fructus, ff. de regul. jur. Donell. lib. 4. comment. de jure ciuil. c. 24. Pacius ἐναντιοφαν. centur. 5. q. 44.* Quæ solutio quomodo sustineri queat, non animaduerto. Primum Iulianus ipse profitetur, emtorem cognouisse fundum alienum esse: Cognitionem illam, certum est, producere malam fidem, *l. 2. C. de fructib. & litium expens. d. §. si quis à non domino, vers. ei vero.* Sic vero comparatum videmus, præsertim in responsis ICtorum, vt quorum in facti specie decidenda meminerunt, ea pro certis aut rite commonstratis supponant: Non enim Iurisperiti quæstiones facti disceptant, sed supposito facto, quid in eo juris obtineat, monstrant. Ita vis inferetur textui, si dicatur, illic fuisse controuersum, anne scientiam rei alienæ possessor ante euictionem habuerit. Nec replicare licebit, non posse certò apud nos constare, quem cœpisse cognoscere rem alienam esse, priusquam sententia judicis pronunciatũ sit, rem esse petitoris, hoc est, res euicta sit, quia judex decidere possit, petitorem fundamentum intentionis suæ rite non ostendisse, & possessorem absoluere. Nonne pari ratione negandum, apud nos certo constare posse, quem ab initio sciuisse, rem esse alienam, antequam ea sit euicta? nonne statuendum inde necessario fuerit, malæ fidei possessorem, quantumvis in principio talis fuerit, nihilominus intelligi bona fide possidere, fructusq;

fructusque suos facere usque ad sententiam: hoc quidem tot legibus aduersatur, quot eum suo dominio fructus subijcere negant. Vix reperias ullum ciuile negotium, super quo non sit litiganti metuendum, ne contrarium eius, quod juri consentaneum alioqui videtur, sententia judicis statuatur, cum incertus esse possit, cuiusque litis euentus, *l. quod debetur, 31. ff. de pecul.* nec tamen propterea videas in jure nostro repugnantia responsa. Non juris, quod sibi nunquam aduersatur, dispositione quandoque malę fidei possessor absoluitur, sed quoties id evenit, ex accidenti fit, probationis ob defectum, vel ob culpam judicis, aut alterius caussæ prapedientis interuenientum: jus vero non tam ex eo, quod in posterum ex accidenti euenire, quodue de facto attentari potest, quam quod secundum rei naturam existere consueuit, quod fieri debet, metimur, *l. duo sunt, ff. de testam. tut.* Quid quod in bona vel mala fide esse, in facto consistit, *d. l. bonæ fidei, §. 1.* De facto non tam per sententiam, quam legitimis documentis probationumue generibus constat, *l. siue. 16. C. de probation.* Neget sane possessor, ignorent pleriq; malam eius fidem: non illi proderit inficiatio, suos ut interim fructus faciat: mala fides obstabit, quam non rumore vel notitia populi, sed rei veritate metimur: Veritas illa, tum confessione, tum documentis legitimis manifestabitur. Quod cum Donellus ipse fateri cogatur, quis non animaduertit, perperam ab eodem negari, ante sententiam tale quid apud nos certo constare potuisse? Cognouisse dicit emtorem Iulianus: Non is cognouisse, rem esse alienam, protinus perhibetur, cui fuit denunciatum vel extra judicium, vel in judicio: habet enim justam etiamnum caussam credendi in dubio, rem esse suam, quippe justo titulo quæsitam, bona fide possessam, nec temere debet jus suum indefensum relinquere, *l. illud, vers. in predonis, ff. de petit. hæred.* sed is demum, cui fides facta est, siue cui liquido constat alicunde, rem esse alienam. Cognitio namq; certa est in mente notitia, opposita dubitationi, quam Philosophus in Topicis ait esse suspensionem assensionis in intellectu. Cum igitur commemoret Iulianus, emtorem antequam fructus perciperet, cognouisse, necesse est, id aliunde constitisse, quam per sententiam, quæ aliquanto post lite mota subsecuta fuit? Vel si maxime fuisset ante sententiam controuersum, an cognouerit, tamen ea controuersia dirimi per sententiam haud potuisset, si allegans cognitionem non ostendisset eandem, nisi fingere malimus, in eo, de quo minime liquebat, ICtum vim fecisse maximam, quod inconueniens fuerit: Quorsum vero toties jure caueretur, possidentem scienter alienam rem, fructus nō amplius dominio suo subijcere, si fretꝰ inficiatione, contra manifestam legis dispositionem suos nihilominus faceret. Quoties legibus nostris cautum reperimus, quemlibet bonæ fidei possessorem censeri malæ fidei post litem contestatam, vel motam controuersiam, *l. item veniunt, §. petitam, l. sed etsi, §. si ante litem, ff. de petit. hæred. l. 2. C. de fructib. & litium expens.* proinde nec fructꝰ eum suos amplius facere, *jur. relat. juncta d. l. bonæ fidei, l. quæsitum, ff. de acquir. rer. dom. d. §. si quis à non dom. vers. ei vero, Instit. de rer. diuis. l. 3. C. de condict. ex lege,* cum tamen plerumq; tum sit dubium, an plane cognouerit possessor, rem esse alienam, quippe cum id neget, imo sæpius ipse dubitet, *l. nemo, C. de acquir. possess.* justam litigandi caussam habeat, nec temere jus suum debeat indefensum relinquere, *l. illud, 40. vers. in prædonis, ff. de petit. hæred.* Scilicet hic malæ fidei possessor, maxime quoad fructus, habebitur in dubio: qui vero scienter rei, quam cognouit alienam, nihilominus incumbit, bonæ fidei possessor etiamnum intelligetur, fructus interim lucrabitur. Referent opinor, qui Donello suffragari malunt: emtorem quidem, postquam cogno-

uit, aut judicium suscepit, censeri bona fide possidere, quandiu fundus euictus non est: at cum euictus est, non debere talem intelligi, ne quidem pro eo tempore, quod præterijt, sed videri jam à principio cœpisse mala fide possidere, ex quo cognouit, sive res petita est. At hoc æque respuere videntur, *d. l. item veniunt, §. petitam, d. l. sed etsi, §. si ante litem, d. l. 2. C. de fruct. & lit. expens.* quæ possidentem in mala fide post litem contestatam præcise constituunt, prædoni æquiparant: tantum abest, vt enim interim bonæ fidei possessorem censeri velint, donec lata sententia demum pro tempore præcedenti contrarium fingatur. Quamvis enim possidenti lite pendente nondum plane constat, rem alienam esse, cum subsequi possit absolutoria sententia: quia tamen æquitas ipsa flagitat, vt actori dominium rite probanti res ipsa restituatur, cum omni eo, quod habiturus fuerat, si tempore cœpti judicij res illi citra recusationem præstita fuisset, *l. Iul. 17. §. 1. l. præterea, 20. ff. de rei vendic.* jure nostro non bonæ, sed malæ fidei possessor interim in dubio censetur quo ad effectum acquirendi fructus, *d. §. petitam, d. §. si ante litem, d. l. 2.* vt ex tempore litis contestatæ omnium fructuum restitutioni obnoxius esse possit, *l. certum, C. de rei vend.* Adde quod inconueniens fuerit, duas plane contrarias fictiones, respectu vnius & eiusdem personæ, rei, temporis, jure ciuili induci: quæ si vltra veritatem hic subsistentem admittantur, omnino consequetur, eundem possidentem, quoniam vere sciuit, alienum se tenere, fructus eosdem suos non fecisse, *d. §. si quis à non dom. vers. et vero, cum simil.* & fecisse suos, quia negabat alienæ rei notitiam: denique non fecisse suos, quia post condemnationem fingetur esse factus malæ fidei, simul atq; res petita est. Quin hoc dato ferme coincidet in effectu ista conciliatio cum priore: cui cum plurima objecerimus, eadem pene omnia huic obstent oportet. Non vrgebo diuinationem ad *d. l. qui scit, §. vlt.* quando fingitur, in ea facti specie fuisse dubium, quia negauerit emtor cognitionem: quæ cum alias reprobanda, tum vel maxime refellitur verbis Iuliani, cognitionem expresse supponentis. Nam quod prætenditur, ob huiusmodi negationem actum illic fuisse cum possessore, vt ei res euinceretur, vanum est: quia non euictionis ibi meminit Iul. quasi fuerit in rei veritate subsecuta, sed eam vt terminum è pluribus vnicum assignat, quo vsq; decisio sua locum habitura sit: nam præter euictionem alijs quoq; modis, qui possedit, fructus facere suos, adeoq; percipere desinit, puta, spontanea rei restitutione. Nec minus ei, quem constat mala fide possidere, quam alteri, qui bonæ fidei credebatur, euinci rem necesse est, cum ille tam possit atque soleat, quam hic, cum petitore in judicio restitutionis protrahendæ gratia contendere. Quod si tantum in eo, quod de cognitione non constiterit, momenti situm, fructus ex ea caussa possessoris fieri oportet, quia ignoratur, num sit in mala vel bona fide: cujus tamen caussæ nec leges alibi, nec Iul. ipse *d. §. vlt.* meminit: & alias juris est notissimi, acquisitionem fructuum, de qua in *d. §. vlt. & d. l. bona fidei,* non aliunde, quam a bona possessoris fide dependere, *d. l. qui scit, d. l. bona fidei & d. §. si quis à non dom. cum simil.* Vt † 7 autem his assentiri non licet, ita multo minus eo confugiendum erit, vt a Iuliano Pomponium, Paulum, Vlpianum, ipsum deniq; Africanum dissensisse statuamus, licet hoc asseruerint *Copus de fructib. lib. 2. t. 4. c. 5. Couar. lib. 1. variar. resol. c. 8. num. 6. Eguinarius Baro & Hotom. in d. §. si quis à non dom. inst. de rer. diuis. Men. de recuperan. poss. rem. 15. n. 615.* Vix enim persuadebitur, Tribonianum Iul. responsum in *d. §. vlt.* quod omitti commodissime poterat, Pandectis inserturum fuisse, si tot legib. contradiceret: cum profiteatur Imperator ipse, nullam in Pandectis antinomiam sibi vendicare locum, *l. 1.*

§. nulla

§. nulla igitur., C. de jure vet. enucl. Certe si fuisset hic ulla veterum Iureconsultorum dissensio, Africanus Iuliani discipulus, qui libro septimo quæstionum tractasse videtur, quæ Iulianus libro septimo digestorum *in d. l. qui scit*, eius procul dubio meminisset, rationibus etiam, quas præceptor habuisset, subtiliter more suo
8 respondisset. Crediderim † igitur antinomiam tolli posse, si pro regula teneamus, ab eo tempore, quo possessor sciuit, esse rem alienam, fructus eum non amplius facere suos: quod & rationes, quibus in primis Accursius urgetur, euincunt, & tex. *d. l. qui bona, §. 1. l. quæsitum, l. bona fidei, §. 1. ff. de acqui. rer. do.* euidenter probant: quibus insuper accedunt jura, omnes possessores in pari conditione post litem contestatam constituentia, *d. l. item veniunt, §. petitam. l. sed etsi, §. si ante litem, ff. de petit. hæredit. l. præterea, ff. de rei vend. l. 4. §. post litem, ff. fin. regund. §. post inchoatam, institu. de offic. judic. l. certum, C de condict. ex leg. & §. si quis à non dom. versic. ei vero, instit. de rer. diuis.* Vt vero nulla regula tam firma, quæ non admittat exceptionem, *l. regula, ff. de juris & fact. igno. l. in toto jure generi, ff. de reg. jur.* Sic à nostra casus *d. l. qui scit. §. ultim.* excipitur: quando † sci-
9 licet bonæ fidei possessor, antequam resciisceret, rem esse alienam, operam & industriam omnem in fructuum industrialium productione adhibuit, prius vero quam ex re perciperet eosdem, cognoscere cœpit, esse alie-
10 nam: Quamuis † enim certi sit juris, dominum posse rem, cum fructibus adhuc stantibus non tantum à tali possessore, sed & ab eo, qui semper in bona fide fuit, euincere, *l. si posteaquam fundi, 53. ff. de rei vendic.* si tamen dominus rem non euincat seu vendicet, forte quia negligit, vel ignorat, se dominum esse, vel nescit, a quo res posideatur, talis possessor fructus industriales propter industriam & operam adhuc tempore bonæ fidei adhibitam breui percipiendos ideo perceptione suos faciet, quia saltem quo ad illos, utpote in quibus producendis tantopere laborauit, habetur adhuc pro bonæ fidei possessore, cum tunc impenderit laborem, præstiterit industriam, quando adhuc vere fuit bonæ fidei, nec quicquam ei potuerit imputari, quod in re aliena, quam justa de caussa credebat esse suam, tantopere tamque diu sudauit, *d. l. qui scit, §. ultim.* Quo vero clarius elucescat, hanc illic esse Iuliani sententiam, rationibus isthæc declaratio munienda erit. Dubium non est, legem id modo decidere, de quo in ea quæritur ac dubitatur, cætera legibus aliis determinanda relinquere, *l. qui testamento, ff. de testam.* Quærit autem Iulianus in *d. §. ult.* de iis modo fructibus, qui oriuntur ex industria & opera possessores adhuc bonæ fidei tempore adhibita: supponit emtorem seuisse: & ante quam fructus ex satione perciperet, cognouisse fundum alienum esse: illos nondum perceptos, an ne perceptione dominio suo sit subiecturus, ambigitur? Perperam igitur fecerimus, si ad alios, de quib. illic non agitur, & in quibus aliud alibi decisũ reperitur, responsum contra mentem ICti traxerimus. Nec verisimile fuerit, cum bis in facti specie fructuũ meminerit, aliter eos ipsum accepisse priore loco, de aliis illico quæsiuisse. Quorsum vero Iulian. casum omnino specialem tam curiose proposuisset, si non de illis modo, qui casui conueniunt, sed omnibus in uniuersum fructibus disposuisset. Plane superuacuum id foret; imo quæstioni subiectæ facti species aduersaretur, nisi utramque de iisdem fructib. acciperemus. Certe *d. l. bona fides*, & similes, generaliter conceptas, de toto genere fructuũ remouere acquisitionem animaduertimus: contra quas cum in specie decidat oppositum Iul. non hoc mirum, generi speciem derogare, *l. in toto, ff. de R. I.* id vero absurdum, si extra casum specialem verbis manifestis expressum deciuo producatur ad alia omnia, mirifice discrepantia, genus ipsum,

§. nulla igitur, C. de iure vet. enucl. Certe si fuisset hic ulla veterum Iureconsultorum dissensio, Africanus Iuliani discipulus, qui libro septimo quæstionum tractasse videtur, quæ Iulianus libro septimo digestorum *in d. l. qui scit*, eius proculdubio meminisset, rationibus etiam, quas præceptor habuisset, subtiliter more suo
8 respondisset. Crediderim † igitur antinomiam tolli posse, si pro regula teneamus, ab eo tempore, quo possessor sciuit, esse rem alienam, fructus eum non amplius facere suos: quod & rationes, quibus in primis Accursius urgetur, euincunt, & tex. *d. l. qui bona, §. 1. l. quæsitum, l. bonæ fidei, §. 1. ff. de acqui. rer. do.* euidenter probant: quibus insuper accedunt iura, omnes possessores in pari conditione post litem contestatam constituentia, *d. l. item veniunt, §. petitam, l. sed etsi, §. si ante litem, ff. de pet. hered. l. præterea, ff. de rei vend. l. 4. §. post litem, ff. fin. regund. §. post in bonam, institu. de offic. iudic. l. certum, C de condict. ex leg. & §. si quis à non dom. verific. ei vero, instit. de rer. diuis.* Vt vero nulla regula tam firma, quæ non admittat exceptionem, *l. regula, ff. de iuris & fact. igno. l. in toto iure generi, ff. de reg. iur.* Sic à nostra casus *d. l. qui scit, §. ultim.* excipitur: quando † scilicet
9 bonæ fidei possessor, antequam resciisceret, rem esse alienam, operam & industriam omnem in fructuum industrialium productione adhibuit, prius vero quam ex re perciperet eosdem, cognoscere cœpit, esse alie-
10 nam: Quamuis † enim certi sit iuris, dominum posse rem, cum fructibus adhuc stantibus non tantum à tali possessore, sed & ab eo, qui semper in bona fide fuit, euincere, *l. si postea quam fundi, 53. ff. de rei vend.* si tamen dominus rem non euincat seu vendicet, forte quia negligit, vel ignorat, se dominum esse, vel nescit, a quo res possideatur, talis possessor fructus industriales propter industriam & operam adhuc tempore bonæ fidei adhibitam breui percipiendos ideo perceptione suos faciat, quia saltem quo ad illos, utpote in quibus producendis tantopere laborauit, habetur adhuc pro bonæ fidei possessore, cum tunc impenderit laborem, præstiterit industriam, quando adhuc vere fuit bonæ fidei, nec quicquam ei poterit imputari, quod in re aliena, quam iusta de caussa credebat esse suam, tantopere tamque diu sudauit, *d. l. qui scit, §. ultim.* Quo vero clarius elucescat, hanc illic esse Iuliani sententiam, rationibus ista hæc declaratio munienda erit. Dubium non est, legem id modo decidere, de quo in ea quæritur ac dubitatur, cœtera legibus aliis determinanda relinquere, *l. qui testamento, ff. de testam.* Quærit autem Iulianus in *d. §. ult.* de iis modo fructibus, qui oriuntur ex industria & opera possessores adhuc bonæ fidei tempore adhibita: supponit emtorem seuisse: & ante quam fructus e satione perciperet, cognouisse fundum alienum esse: illos nondum perceptos, an ne perceptione dominio suo sit subiecturus, ambigitur? Perperam igitur fecerimus, si ad alios, de quib. illic non agitur, & in quibus aliud alibi decisum reperitur, responsum contra mentem ICti traxerimus. Nec verisimile fuerit, cum bis in facti specie fructuum meminerit, aliter eos ipsum accepisse priore loco, de aliis illico quæsiuisse. Quorsum vero Iulian. casum omnino specialem tam curiose proposuisset, si non de illis modo, qui casui conueniunt, sed omnibus in uniuersum fructibus disposuisset. Plane superuacuum id foret: Imo quæstioni subiectæ facti species aduersaretur, nisi utramque de iisdem fructib. acciperemus. Certe *d. l. bona fides*, & similes, generaliter conceptas, de toto genere fructuum remouere acquisitionem animaduertimus: contra quas cum in specie decidat oppositum Iul. non hoc mirum, generi speciem derogare, *l. in toto, ff. de R. I.* id vero absurdum, si extra casum specialem verbis manifestis expressum decisio producatur ad alia omnia, mirifice discrepantia, genus ipsum,

vel, si mauis, generalis dispositio eneruetur. Sufficeret, Iulianum facti speciem & quæstionem proposuisse de fructibus ex opera & industria tempore bonæ fidei adhibita percipiendis post notitiam rei alienæ superuenientem. Verum non eo contentus ille, nominatim restringit subiectam responsionem, quando posidentem vult etiamnum intelligi bonæ fidei emtorem, non quidem simpliciter & indistincte respectu omnium fructuũ, sed tantum quoad percipiendos percipiendi autem erant ex præuia satione bona fide facta: nec alios, quam hos designari, monstrat euidenter, tum facti species de his nominatim concepta, tum quæstio responsioni
11 præmissa. Fructuum vero, †quib. producendis tantum operæ præstiterit possessor ante quam rei alienæ notitia superueniret, esse longe aliam rationem, quam cæterorum omnium, nemini paulo diligentius aduertenti obscurũ esse potest. Cæteros namq; cur possessor, qui rem comperit alienam esse, suos etiamnum faceret, cur mala fides quoad illos non obesse debeat, caussa nulla est, siquidem vel nulla vel modica possessoris interuenit opera: & iniquum fore, dictat ipsamet ratio naturalis, scienter alienum possidenti etiamnum fructus inde sponte nascentes cedere: vel si maxime præsupponant industriam, eum demum tempore malæ fidei adhibeatur, netum quidem ratio naturalis permiserit, ut quicquam ex alieno commodi sentiat, cum sciuerit, in alieno sese operam insumere, *§. si Tit. §. qua ratione, inst. de rer. diuis.* Diuersum quid iis in fructibus conspicitur, quos ut fundus gigneret, nec operæ, nec labori possessor, cum adhuc bonæ fidei esset, pepercit: hic enim si præuenerit interim alienæ rei notitia, perceptionem, juri naturali apprime consentaneum, ut hac in parte non obsit illico mala fides, quin propter operam fructib. nascituris adhuc tum, quando juste credebat, esse fundum suum, præstitam, illos quasi promeritos dominio suo subijciat. Cumq; naturam conditionemue caussæ suæ quælibet alia sequantur & imitentur, par est, ut quemadmodum à possessore adhuc bonæ fidei, industria fructuum productioni accommodata bona fide subnixa fuit, eiq; velut annexa, sic hanc suæ caussæ conditionem fructuum quoq; perceptio subseques redoleat, & ob eam fructus illos posidentis dominio subijciat, vel eo maxime, quia secundum naturam æquum videtur, ut qui tempore bonæ fidei sensit onus & incommodum, laborando plurimum in huiusmodi fructuum productione, sentiat etiam emolumentum, eorundem acquisitione, *l. secundum naturam, ff. de reg. jur.* quæ alioqui propter culturam & curam bona fide munitam concessa fuit, *d. §. si quis à non dom.* Quin vel hinc dilucidum conciliationi nostræ testimonium veritatis perhiberi videtur, quod apparet inde ratio, cur Iulianus possessorem, postquam resciuit, quoad fructus percipiendos, bonæ fidei emtorem adhuc intelligendum censeat. Vt enim negari non posit, eum simulatq; certam alienæ rei notitiam accepit, incipere mala fide posidere, *d. l. bonæ fidei, §. 1.* quia tamen in producendis è fundo fructibus tam studiose, cum adhuc bona fide gauderet, jusq; lucrandi fructus haberet, fuit occupatus, nihil ut acquisitioni defuerit amplius, præter factum separationis, utiq; mala fides perceptionem præueniens tanti non esse debet, quo minus ratione bonæ fidei, quando fructibus in fundo nascituris impendit operam, atque adeo quicquid facere tum debuit acquirens, fecit, vere subsistentis, etiãnum bonæ fidei possessor habeatur saltem quoad illos percipiendos, *d. l. qui scit, §. ult.* Nec juste quereretur dominus, emtorem bonæ fidei, postquam fundum esse alienum resciuit, huiusmodi fructus acquirere: Sibimetipsi potius imputet, quod fundi repetitionem tam diu distulerit, per quam, si voluisset, aut diligentior fuisset, impedire potuisset, ne qui semper bonæ

fidei

fidei possessor remansit, ullos ulterius fructus suos faceret, quantumuis ipsius industria tempore bonæ fidei adhibita fundos illos produxisset, *l. si postea quam fundi, 53. ff. de rei vend.* multoque minus, qui postquam fructib. operam dedit, malam fidem suscepit, *d. l. qui scit. §. ultim.* Hoc enim important verba Iuliani subiecta, *quamdiu euictus fundus non fuerit*, quibus assertionem suam restringit, ut ante euictionem percipiendo fructus prædictos dominio suo subijciat: euicto fundo non amplius tum, quod tantum juris, ne quidem retinenti semper bonam fidem, usque dum fundus auocetur, concessum sit, *d. l. si postea quam fundi*, tum quod petito fundo simul fructus illi petuntur, cum sint pendentes, eoque vera fundi pars, *l. fructus pendentes, ff. de rei*
32 *vendic.* Illud † ancipitem forsan hæsitationis alicui caussam attulerit, quod eodem loco Iulianus simpliciter ait, seruum alienum iam diu bonæ fidei emtori ex re ipsius vel operis suis acquirere, quam diu non fuerit ab eo euictus. Verum si contextum d. §. ultimi, si rationem juris, si denique leges alias inspiciamus, plane constabit, quæ sit genuina verborum Iuliani sententia. Vt omittam, sequentia semper ita esse accipienda, ut antecedentibus congruant, Iulianus illo postremo versicul. præcedentem circa fructus decisionem magis illustrare nititur, vel potius ex illa infert, ad ea, quæ bonæ fidei emtori per seruum alienum quæruntur: Quorum fieri neutrum posset, si extra casum Iuliano propositum, speciali cumprimis ratione subnixum generaliter & indistincte versicul. intelligeretur. Nec enim, quod seruus bona fide possessus, quicquid ex operis suis, aut re possessoris acquirit, ei cui bona fide seruit, quam diu non euincitur, quærat, intelligemus inde, bonæ fidei emtorem eos modo fructus acquirere, quos ut pararet, plurimum laborauit, cum bonam adhuc fidem haberet, siquidem regulariter aliàs circa fructus jure nostro contrarium obtinuisse, satis ostensum. Multo minus inferre licuisset, quoniam fructus uno casu bonæ fidei emtor suos facit, quamdiu fundus nondum est euictus, quoad acquirenda per seruum ex re possessoris aut operis suis, in uniuersum ita juris fore. Fateamur ergo, quod ipse contextus exigit, ultimum quoque versic. in eo casu, quo præcedentia, siue secundum facti speciem, quam tractat Iulianus, esse accipiendum, ita quidem, ut quemadmodum in d. §. ultim. de fructibus tantum agitur prouenientibus ex industr. a tempore bonæ fidei adhuc adhibita, quos eam ob caussam perceptione suos facit possessor: sic etiam seruus alienus ea modo bonæ fidei emtori, postquam resciuit, esse alienũ, acquirat, quæ potissimum propter industriam possessoris tempore bonę fidei adhibitam, postmodum ex re possessoris vel operis suis acquirat, *l. sin autem, 27. § ultim. cum l. seq. l. cæterum, 31. cum l. seq. ff. de rei vend.* Nec opus erat, facti speciem otiose repetere, cum satis e præcedentibus liqueret, nec quicquam in ea mutandum fuerit, saltem loco fructuum substituenda, quæ per bona fide possessum ex re possessoris aut operis suis quæruntur. Quod si tantopere placet urgere verba d. ver. non expresse relata ad facti speciem initio paragraphi propositam, pari de caussa necesse fuerit negare, quod negari sine absurditate minime potest, ICtum illo versic. loqui de bonæ fidei emtore, cui adhuc ante serui euictionem mala fides superuenit, cum malæ fidei euictionem peruenientis Iulianus haud expresse meminerit. Quibus vero Paulo ante rationibus ostensum, cessare fructuum acquisitionem, simul atq; notitia rei alienæ superuenit, iisdem simul efficitur, inhiberi acquisitionem per seruum ex re possessoris aut operis suis, quando resciuit, esse alienum, siquidẽ hic peræque militant: & ex Africani regula notum, quo casu bonæ fidei possessor fructus suos non facit, eodem nec seruum ei quicquam acquirere, *l. quæsitum*

l. quæſitum, ff. de acquir. rer. dom. Vnde rurſum conſequitur, dicto Iuliani locum eſſe non poſſe, niſi ſecundum facti ſpeciem eo loci determinatam, ut diximus, intelligatur. Quid referam textum *d. l. quæſitum*, aperte ſtatuentẽ, defuncti bonam fidem hæredi ſcienti rem eſſe alienam, licet eadem cum defuncto perſona cẽſeatur, *§. 1. in auth. de iure ī. à morte. praeſt.* nil prodeſſe ad fructuum acquiſitionem euicto nondum fundo, imo nec ad acquirendum per ſeruum ex opera ipſius aut re poſſeſſoris ante ſerui vendicationem. Textus adhuc euidentior in *d. l. qui bona, §. 1. ff. de acquir. rer. dom.* Lex utraque generalis eſt, neutri præmiſſus caſus aliqua ſpeciali ratione ſubnixus cui poſsit accommodari, cuius vigore coarctari queat & reſtringi. Atqui manifeſtè repugnant leges ambæ, d. v. ultimo, ſi generalem eius etiam diſpoſitionem eſſe ſtatuamus. Itaq; cũ in *d. l. quæ ſcit, §. ult.* ſpecialis caſus rationem diuerſitatis euidentem habẽns dilucide ſupponatur, utiq; vel euitandæ cõtradictionis cauſſa neceſſe fuerit, ei d. v. vltimum accommodari, no præter mentem Iuliani laxas exten-
13 di. Nam quod † excellentiſsimus & in legibus conciliandis apprime fœlix ICtus Anton. Fab. *lib. 4. coniect. c. 16.* arbitratur, in *d. l. qui bona, §. 1.* abeſſe debere verba, *et magis eſt, ut ſingula momẽta ſpectemus*, probare vix poſſum. Primum ea demiſſe parum profuerit: Nõ ideo *d. l. qui ſcit*, v. ultimus generaliter accipiendus, ut poſtquam reſciuit emtor, ſeruum alienum eſſe, non minus ei per ſeruum acquiratur, uſq; dum euincatur, quam cum adhuc ſuum eſſe credebat. Obſtat vehemẽter *d. l. quæſitum*, obſtant cœtera omnia, quæ prętor *d. l. qui bona, §. 1.* pro confirmatione declarationis d. v. ult. ſecundum facti ſpeciem illic à Iuliano deciſam inſtituendæ adduximus. Quid ad *d. l. bonæ fidei, §. 1.* reſpondebitur, ex qua planiſſime conſtat, in acquiſitione fructuũ ſingula momenta, non initium ſpectari: namq; fructuum acquiſitioni illo caſu nominatim alteram, quæ fit per ſeruum, acquiſitionem æquiparat Afric. in *d. l. quæſitum.* Iam vero ſi reſponſionem quæſtioni ab Vlp. mo. & tam re ipſa, quam verbis, ut par eſt, congruentem deſideramus, certe non erit alia, quam quæ tum in vulgatis, nec non reliquis exemplaribus, tum etiam in Florentinis Pandectis ſubiecta reperitur, *& magis eſt, &c.* Iuris illa rationi, cœteriſq; legibus apprime congruit, limitationem in caſu *d. l. qui ſcit, §. ult.* recipit. Quod autem ipſe prętendit, Vlpianum non ſimpliciter & indiſtincte quæſtioni reſpondere potuiſſe, quis admittat? Cum enim poſſeſſor non niſi ratione bonæ fidei per eum, quem poſsidet, uti ſeruum ſuũ, acquirat, *l. liber homo, l. quæſitum, ff. de acq. rer. dom. §. idem placet, inſt. per quas perſon.* ceſſante illa, nihil amplius cauſſę ſubeſt, vigore cuius etiamnum poſsidens acquirat: quod vel in homine libero ſatis animaduertimus, quem conſtat poſſeſſori, quam primũ certo reſciuit, eſſe liberum, non ulterius acquirere, non quidẽ propterea, quod liber homo ipſe ſibi poſsit acquirere, cum nõ minus ante, quam poſt ſuperuenientem malam fidem ſit acquiſitionis capax, ſed quia ſublata bona fides, quę cauſſa principalis eſt, ob quam poſsidenti quæritur, *legib. præcit.* Deficit eadem, quando poſſeſſor certo reſciuit, ſeruientem eſſe alienum: eoq; nec amplius illius dominio per ſeruum alienum quæſita ſubijci poſſe neceſſe eſt, *d. l. quæſitum, d. l. bonæ fidei, §. 1. & ſim.* Acquiſitionis inhabilitas in ſeruo poſſeſſo cauſſa eſſe nequit, ut per eum poſſeſſor acquirat: alioqui nil referret, mala fide poſsideretur ſeruus, an bona fide, quod eſt contra *d. l. quæſitum*, & alias quam plures aſſerentes, malę fidei poſſeſſori per ſeruum nil acquiri. Quin etiam futurum eſſet, ut quę non ex re poſſeſſoris, nec operis ſuis adipiſceretur, omnia poſſeſſori acquireret, cum ſit ſeruus eorum omnium incapax, *l. homo, §. ult. ff. de acquir. rer. dom.* Verum quod ſibi non poteſt, domino regulariter acquirit, *d. l. homo, §. ult.* ſiquidem abunde ſerui ſupplerur inhabili-

habilitas per dominum, cuius in familia & potestate est, quo cum propterea velut unam personam juris fictione constituit, ut cum ex persona serui, quippe qui pro nullo habetur, *l. quod attinet, 32. ff. de regul. jur.* nulla fit acquisitio valitura, saltem ex persona domini, modo sit capax, subsistat, *l. nō minus, 31. ff. de hare. inst. l. si mihi, 12. §. regula, ff. de lega. 1. l. neq., C. de hæred. inst. in tex. in princ. inst. de hæred. inst. & inst. de stipul. seruor.* ubi propter bonam fidem quasi dominium quoddam possidenti tribuentem, seruilis acquisitio quo ad ea, quæ ex re possessoris, aut operis suis acquiruntur, sustinetur, *d. l. qui bona, l. acquiruntur, §. idem placet, ff. de acquir. rer. dom.* Quæ cum ita sint, quisque satis animaduertit, non magis per seruum alienum, quam per hominem liberum possessori, ex quo tempore malam cœpit habere fidem, acquiri: proinde simpliciter & indistincte Vlpianum tum respondere potuisse, tum etiam respondisse. Nec turbat nos *§. generaliter*, illico succedens, ut existimemus in eo quæstioni Vlpianum subtiliter & cum distinctione respondere. Aduersantur ipsa §. verba bis repetita, è quibus necessario colligitur, *d. §.* non in casu nostro disponere, quando bona fide possidere desiit ob superuenientem notitiam, sed casu plane diuerso, cum adhuc bona fide possidet, siue, ut Iureconsulti verbis vtar, cum ei bona fide adhuc alter seruit. Non enim dicere licebit, propter initium, quo bona fides aderat, ita Iureconsultum scripsisse. Quæsiuit, non quid ab initio, siue tempore præcedenti obtinuerit, sed de jure temporis, quo sciuit, liberum sese vel alienum seruum possidere: ad illud ergo verba decisionis accommodare debuisset, si quæstioni respondere in *d. §.* voluisset. Iam si spectatur in homine libero non initium, sed singula momenta, quod fatetur Faber, qui potuit Vlpianus rectè referre verba ad initium, non ad singula momenta? Et quis crediderit, Vlpianum in *d. §. generaliter*, de possessore qui cœpit esse malæ fidei, agere, cum non modo nullius malæ fidei meminerit ibi, verum etiam nominatim expresserit bonam fidem, per quam cum excludatur illa necessitatio fatendum de superueniente possessoris mala fide, nihil eo loci disponi. Quid mirum? Satis ea res in responsione ad quæstionem præcedentem explicata fuerat. Nec vero sine absurditate Vlpiani decisio generalis in *d. §. generaliter*, ad superuenientem possessoris malam fidem trahi poterit. Si enim illa Vlpiani assertio, quod ex re possessoris, eidem acquirere non potest seruiens, id sibi acquisiturum, procedit in homine libero seruiente, etiam quando mala fides possessori superuenit, necesse est, quod ex re possessoris eidem acquirere potest liber homo, id sibi ne quidem post superuenientem malam fidem acquirere liberum hominem: eoque tam ante, quam post malam fidem quoad acquisitionem possessoris per liberum hominem, idem juris esse, nec singula momenta, sed initiū spectari: quorum tamen contrarium ipse rectè nobiscum amplectitur. Quod si nihilominus in diuersitate liberi hominis & serui alieni post malam fidem superuenientem constituenda persistit, & seruum acquirere possessori deinceps per *d. l. qui scit, §. ultim.* contendit, non item liberum: debebat eam diuersitatem, & inprimis hoc posterius aliquo juris textu probare, vel eo maxime, cum in hac *l. qui bona, §. 1.* demum versicul. *& magis*, ex *§. generaliter*, contrarium euidenter in homine libero colligi videatur. Vt interim omittam, *d. §. generaliter*, quæstioni, vtrum liber homo, vel seruus alienus possessori postquam suscepit malā fidem, nō minus ut ante acquirat, quicquid ei acquiri potest ex re eius, vel operis suis, minime congruere. Non n. ad hoc respondet Vlpia. sed in terminis plane diuersis ait quod ex re possessoris seruiens eidem acquirere non potest, hoc eum sibimetipsi acquisiturum. Atqui

Atqui non id quæsitum fuerat, sed alterum illud modo designatum, quod ille quasi manifestum vel ante decisũ præterit. Quamuis autem de superueniente possessoris mala fide *d. §. generaliter* accipi nequeat, nil tamen eius generali dispositioni decedet. cum in omnibus quæstionibus, quæ de seruo alieno vel homine libero bona fide possesso, ex re possessoris acquirente possunt emergere, videatur obtinere: ut is quodcunque ex re bonæ fidei possessoris, eidem bona fide possidẽti acquirere non potest, puta, si Stichũ, qui bonæ fidei possessoris erat, ex re eius stipuletur: quo exemplo utitur Paul. *in l. liber homo, 20. ff. de stip. seruor.* hoc acquirat sibi, *d. §. generaliter*, si scilicet liber homo sit, *d. l. liber*, vel, quod in effectu in idem recidit, quodque sub particula *sibi* studio breuitatis Vlpia. complexus esse videtur, suo domino, si sit seruus alienus: cum per sese planum sit, quod liber homo bona fide possessus sibi acquirit, hoc seruum alienum bona fide possessum domino acquirere, *l. acquiritur, §. idem placet, l. homo, §. fin. ff. de acquir. rer. dom. §. idem placet, inst. per quas person. l. si liber hom. ff. de stip. seruor. l. sed etsi quid, 25. §. si duos, ff. de usufr.* Nec ipse, credo, negabit, cum primum versiculum *d. §. generaliter*, tũ in homine libero, tum seruo alieno bona fide possesso accipere videatur, imo teneatur, si generalitatem *d. §.* ut par est, inuiolatam relinquere velit. Rursus etiamsi cum eruditissimo viro in altero *d. §.* responso, sequeremur lectionem, quæ in quibusdam exemplaribus priore negatione detracta sic extat: *quod autem ex re eius, &c.* æque generaliter id responsum verum esset, ut quicquid ex re bonæ fidei possessoris, sibi suoue domino acquirere non potest, id quæcunq; tandem facti species super acquisitione bonæ fidei possessoris per seruientem emergat, possidenti acquiratur, *l. liber homo, in princ. ff. de stipulat. seruor.*

FINIS.





